بسم الله الرحمن الرحيم

«« كتاب البيوع »»

مسألة :

بيع الغائب باطل في أحد قولي الشافعي رضي الله عنه .[١]

وعندهم : جائز [٢] وهو القول الآخر .[٣]

وفي المسألة تفاصيل وفروع مذهبية تذكر في شرح المذهب .

والمبيع الغائب : هو الذي لم يره المشتري أصلاً .

لنـــا :

ان المبيع مجهول عند العاقد فلايجوز عقده عليه ، كما لو قال : بعتك شيئاً ولم يسمّه ، أو قال : بعتك عبداً وله عبيد كثيرة .

---

(١) النكت : ورقه ٢٦/أ ، المهذب :١/ ٣٥٠ ، المجموع :٩/ ٢٩٠ قال النووي في المجموع وهو أصح القولين .وبه قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ، واسحاق والامام أحمد في أظهر الروايتين عنه .انظر : المغني : ٣١/٦ ، الافصاح : ٣١٩/١ .

(٢) البيع جائز ، وللمشتري الخيار اذا رأى ..
أنظر : الاسرار ٨٦/٢/أ مراد ملا . اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٤٨٨/٢ ، فتح القدير: ٣٣٥/٦ ، رؤوس المسائل ص ٢٧٣ مختصر القدوري :٢٥١/١ (مع الجوهرة) ، البدائع : ٣٠٥٣/٦ ،المبسوط :٦٨/١٣ ، ٦٩ ، مختصر الطحاوي: ص٤٨ مختلف الرواية :ورقه ١٥٨/ب ، وهو أحد الروايتين عن الامام أحمد : المغني ٣١/٦ .

(٣) النكت : ورقة ١٢٦/أ .

وانما قلنا " إنه مجهول " لأن سبب علمه لم يوجد ، لأن طريق العلم بالأعيان هو رؤيتها وقد فقدت الرؤية للمبيع في مسألتنا ، فدل ان العلم به مفقود ٠

فإن قالوا : إن لم توجد الرؤية فقد وجد سبب آخر للعلم بالمبيع وهو الخبر عن وجوده ٠

قلنا :الخبر عن وجوده لايفيد علما بوجوده ، وإنما يفيد ظناً فحسب ، فإن مع الخبر بوجوده يجوز أن يكون غير موجود ولايتصور وجود العلم مع هذا التجوز، فدل انه لامطمع لوجود العلم بالخبر في مسألتنا ٠

فإن زعموا : أن الخبر في الجملة يفيد العلم وهو خبر التواتر ٠

قلنا : ذاك خبر بوصفٍ، والكلام في نفس الخبروهو غير مفيد للعلم بحال .

فإن قالوا : إن الظن الحاصل بالخبر يكتفي لبناء جواز البيع عليه ٠

قلنا : ولِمَ والنزول من العلم الى الظن والإقتناع به لايجوز إلا لحاجة ولا حاجة في مسألتنا فان التوصل الى وجود العلم حقيقة ممكن وهو ان يطلب الرؤية ولاحرج في طلبها فلامعنى للإكتفاء بالظن ٠

فإن قالوا : وَلِمَ قلتم ان أصل العلم بالمبيع شرط للجواز ؟

قلنا : لأن المبيع إنّما يراد لمقصود وهو تحصيل ما فيه غبطة فان الشراء على خلاف هذا سفه ، والسفه حرام منهي عنه ولايتم هذا المقصود إلاّ فيما يحيط علم المشتري به فأما مالايحيط علمه به فلايوجد .

ولأن الجهل بالوصف عندهم قادح في المبيع بدليل انه يسلب اللزوم منه ، والجهل بالعين فوق الجهل بالوصف فلابد له من عمل وقدح ، ولايجوز أن يكون عمله في سلب اللزوم ، لأنه قد حصل بالجهل بالوصف فلم يبق له عمل سوى سلب الصحة .

ويدل عليه : أنه لو باع من انسان شاة من قطيع يختار أيّها شاء فانه لايجوز ، وكذلك في العبد من العبيد الأربعة فما زاد ، ولاسبب سوى الجهل بالمبيع وقد ذكر كثير من أصحابنا في هذه المسألة : ان فقد الرؤية لايوجب إلاّ الجهل بالوصف . غير انه كافٍ لافساد العقد لأنه يضاهي الجهل بالعين .

وبيان انه يضاهي الجهل بالعين : أن المقاصد تختلف باختلاف الأوصاف كما تختلف باختلاف الأعيان ، ولأن المالية هي الركن في البياعات والأوصاف هي المنظور اليها في المالية فانها تكثر بكثرة الأوصاف وتقل بقلة الأوصاف .

فدل أن الجهل بها يضاهي الجهل بالعين .

واستدل أيضاً كثير من أصحابنا في هذه المسألة : بفصل الخيار وقالوا : قد ثبت خيار في هذا البيع لايسقط بالإسقاط وهذا علامة فساد البيع بدليل سائر البياعات الفاسدة .

يبينه : ان الزام العقد تقرير المشروع وتقرير المشروع مشروع وحين لم يلزم البيع في مسألتنا بالإلزام قبل الرؤية دل ان امتناع اللزوم قد كان لفساد العقد، وحرروا وقالوا: جهل يمنع لزوم العقد مع الرضا باللزوم فيمنع جوازه .

وعندي ان كلا الطريقين معترض ، والإعتماد على الأول وسيظهر من بعد .

وأما حجتهم :

تعلقوا أولاً : بما رووا عن النبي عليه السلام قال : (مَنْ اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا راءه " [١])

وهذا نص ، لأن الخيار لايثبت إلاّ في شراء جائز .

قالوا : ولايجوز أن يحمل هذا على التخيير بين الشراء وتركه اذا رآه ، لأن

---

(١) رواه البيهقي في سننه (٥/٢٦٧) باب من قال يجوز بيع العين الغائبه والدارقطني في سننه ٣/٥

النبي عليه السلام أثبت خياراً له لعدم رؤيته المبيع وذلك الخيار لايثبت لعدم رؤيته المبيع وانما ثبت للولاية الأصلية الثابته له بحريته ومالكيته كما له الخيرة في كل الأشياء قولاً وفعلاً .

وابطلوا أيضاً تأويل من أوّل من أصحابنا وحملهم على ما إذا كان رآه من قبل ثم اشتراه ورآه متغيراً عما كان من قبل .

وقالوا : هذا الخيار ليس خيار عدم الرؤية انما هو خيار تغيير المبيع عما علمه واستحقه على ظاهر المبيع وهو يشبه خيار العيب .

وتعلقوا أيضاً باجماع / الصحابة .[١] ٨٠/أ

ورووا مثل مذهبهم عن عثمان[٢] وطلحة بن عبيد الله[٣] وعبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة[٤] وابن عمر[٥] في حوادث مختلفة .

وأما المعنى قالوا :

باع عيناً مملوكة مقدوراً على تسليمها فصح كما لو باع المرئى وهذا لأن البيع تصرف فصحته بأهلية الفاعل له ووجود محلية الفعل واتصال شرطه به ، وقد اجتمعت هذه المعاني في مسألتنا : أما أهلية الفاعل فهو مما لا اشكال فيه ، وكذلك محليه الفعل لأن محل البيع عين مملوكة فان البيع لما كان مشروعاً لنقل

---

(١) انظر : شرح معاني الآثار للطحاوي ٩/٤ ، الاسرار ٨٦/٢/ب مراد ملا .

(٢ ، ٣) انظر : شرح معاني الآثار ١٠/٤ ، سنن البيهقي ٢٦٨/٥ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٢٦٨/٥ .

(٥) رواه الطحاوي في شرح معاني الاثار : ١٠/٤ .

الملك فلايستدعى من المحل إلاّ عينا مملوكة للعاقد لنقل الملك في المحل الى غيره وأما الشرط فهو القدرة على التسليم ، وقد وجد في مسألتنا ، هذا لأن المسألة مصورة فيما إذا كان قادراً على تسليم المبيع وإذا كان عاجزاً فلا تكون هذه المسألة .

قالوا : ولايجوز أن يكون المانع للصحة هو الجهل بالمبيع ، لأن المبيع معلوم الوجود بدليله ، كما إذا كانت الدابة واقفة مجللة أو الجارية واقفة متنقبة فقد صار المبيع معلوم الوجود برؤيته مستوراً فانه لاشك انه رآه مستتراً وتميز عن غيره بالإشارة اليه فحصل العلم به من هذا الوجه .

يبينه : انه ليس العلم المطلوب سوى الوجود وقد علم الوجود قطعاً وأما إذا كان غائباً عن مجلس العقد صار معلوم الوجود بالخبر وهذا العلم وان لم يمكن تحقيقه من حيث القطع واليقين ولكن هو كافٍ لبناء جواز العقد عليه بدليل ما لو قال : "هو ملكي فاشتره مني" يقبل قوله ، ويبتنى عليه جواز العقد فكذلك إذا قال : انا وكيل فلان أو مضاربه أو شريكه .

وحرفهم الملخص أن حجة وجود المبيع قد وجد في الشرع فصح العقد بناء عليه.

وأما قولهم " انه غير موجود " .

ساقط ، بدليل ما بينا من المسائل ، وبدليل انه لو رأى شيئاً ثم اشتراه بعد شهر وهو غائب عن مجلس العقد يجوز ، والتوّهم الذي قلتم موجود في هذه الصورة، لأنه لايجوز أن يكون هلك في هذه المدة ، وهذا حرف مشكل على الذي اعتمدناه وبهذا يبطل ما ادعاه اصحابنا من الغرر لأنه ليس معنى الغرر سوى أن وجود المبيع على حظر وهذا المعنى موجود في هذه المسألة ومع ذلك صح

العقد ، وهذا لأن الوجود إذا وجد بحجته في المعاملات الشرعية سقط اعتبار التّجوزات والتّوهمات .

قالوا : ولايجوز أن يقال أن الوصف مجهول أن لم تكن العين مجهولة وبجهالة الوصف يبطل العقد ، لأن جهالة الوصف لاتكون مبطلاً للعقد ، لأنه غير معقود عليه بدليل انه بفواته لايسقط شئ من الثمن ، ولأنه بيع عين فالمعقود عليه العين بخلاف السلم فانه بيع بوصف فيكون الوصف معقوداً عليه.
يبينه : أن الأوصاف اتباع وجهالة التبع لاتوجب بطلان العقد في المتبوع .
ألا ترى أن بيع الحمل لايجوز وهو بيع غرر فلو باع الجارية وهي حامل يجوز ، والغرر في التبع لايوجب بطلان العقد في المتبوع .
يدل عليه : أن الجهل بالوصف لايكون فوق فقد الوصف ثم فقد الوصف لايوجب بطلان العقد فالجهل بالوصف أولى .

قالوا : وقولكم " أن الجهل بالوصف يضاهي الجهل بالعين " دعوى .
وقولكم " أن المالية تختلف باختلاف الصفات " بلى ، ولكن جهالة قدر المالية غير مانعة من جواز العقد بدليل انه لو باع صُبرة لايعلم قدرها فانه يجوز، وان جهلت قدر المالية فيها .

قالوا : ومَنْ رجع من أصحابكم الى فصل العرف والعادة وزعم أن طريق العلم بالمبيع هو الرؤية، لأنها هي المطلوبة في العادة .
فالكلام عليه بهذا الطريق وهو أن الرؤية تطلب في العادة لاليعلم المبيع ولكن ليعلم صفات المبيع ، فإن الوقوف على الصفات مطلوب فطلبت الرؤية لهذا المعنى لا، لأجل حصول العلم بالمبيع ، فان العلم بالمبيع قد حصل بطريق لايمكن دفعه إما تعييناً بالإشارة أو علم ظاهر بالخير وفيه كفاية .

قالوا : ولأجل الجهل بالصفات قلنا : لايلزم العقد ، وهذا لأن اللزوم وصف

العـقـد فـالجـهـل بالوصف سلب وصف العـقـد كمـا أن الجـهل بالعين سلب أصل العقد ليكون الوصف في مقابلة الوصف والأصل في مقابلة الأصل ٠

وأما عدم اللزوم مع الرضا باللزوم كان لأجل الخبر فان الخبر اقتضى ثبوت الخيار عند الرؤية ، وإذا ألزم العقد سقط بالخيار عند الرؤية فيكون فيه تغيير شرع ثبت بالنص فالمحافظة على هذا النص منعنا لزوم العقد بالإلزام ، اللهم إلاّ أن يحصل حكما لا بالإلزام بأن يعتق العبد أو يكاتبه أو يموت لأنه حينئذ يكون السقوط محلاً به على الشروع لا على تغير من قبله ٠

وربما يقولون تعلق بفوات اللزوم في مسألتنا/ حق الشرع كما يتعلق بفساد العقد ٨٠/ب عند الجهل بالعين حق الشرع ثم لو تراضيا على العقد في مجهول العين لايجوز، كذلك إذا تراضيا على اللزوم في مجهول الوصف لايجوز ٠

وقال بعضهم : أن الرضا التام لايوجد في غير المرئي ، لأن الرضا بحصول العلم بالصلاحية ولاتعرف الصلاحية الكاملة إلا بعد الرؤية ، وإنما الرضا قبل الرؤية مجازفة لارضا .

هذا جملة كلامهم في هذه المسألة .

وقد قال بعضهم : أن أصل الجهل بالمبيع غير مفسد للعقد وانما المفسد هو العجز عن التسليم بما يؤدي اليه هذا الجهل من المنازعة ، وعينوا فيما إذا باع عبداً من العبيد أو ثوب من الثياب وكذلك في السلم إذا أسلم ولم يذكر الوصف يفسد لهذا :

واستدلوا في أن مجرد الجهل بالمبيع غير مانع من جواز العقد بما لو باع قفيزاً من صُبرة يجوز، ولو باع شاة من قطيع لايجوز والجهل في الموضعين واحد ، وانما افترقا ، لأن الجهل في أحد الموضعين لايؤدي الى المنازعة بخلاف الموضع

الآخر ، وفي مسألتنا الجهل بفقد الرؤية لايؤذي الى المنازعة ، لأن المسألة مصورة في مثل هذا الموضع فوجب أن لا يمنع جواز العقد .

وربما يستدلون بالجهل بالجنس أو النوع أو قدر المالية وقالوا : إذا لم تمنع هذه الجهالات جواز العقد ، كذلك الجهل بالعين . ومعتمدهم الطريقة الأولى .

الجواب :

أما الخبر فلا يثبت أصلاً .

وقال الدارقطني [١] : " رواه عمر [٢] بن ابراهيم الكردي وهو وضاع للحديث. [٣]

والجملة لو ثبت لقلنا به .

وأما آثار الصحابة :

فالأشهر من القصص قصة المبايعة بين عثمان وطلحة وانما رواها سعيد بن المسيب [٤] ولاتصح روايته نقلا عن أحد من العشرة إلا عن سعد بن ابي وقاص.

ويحتمل انهم لم يروا ما اشتروه عند العقد ، وقد كانوا رأوه من قبل .

---

(١) انظر : سنن الدارقطني ٣/ ٥ .

(٢) عمر بن ابراهيم بن خالد الكردي الهاشمي مولاهم ، عن عبد الملك بن عمير وعن ابن ابي ذئب وشبة وبقي الى ما بعد العشرين ومائتين . اهـ . انظر : لسان الميزان ٤/ ٢٨١ .

(٣) انظر : سنن الدارقطني ٣/ ٥ .

(٤) رواها البيهقي في سننه : ٥/ ٢٦٧ ، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/ ٤٦ ، باب البيع على الصفة وهي غائبة .

وأما المعنى الذي تعلقوا به :

قولهم " باع مملوكة مقدوراً على تسليمها " .

قلنا : بلى ، ولكنها مجهولة ، والعلم بالمبيع شرط لصحة العقد فإذا لم يكن معلوماً له فقد شرط صحة البيع .

يبينه : انه كيف يكون عالماً بالمبيع ولو رآه لم يمكنه أن يميز بينه وبين غيره وأدنى شواهد العلم أن يميز بينه وبين غيره ممالايعلمه .

وهم يقولون على هذا انما لايميز بينه وبين غيره للجهل بالوصف لا للجهل بالعين، وأيضاً يقولون أيش معنى قولكم " انه غير عالم بالمبيع " ؟ أن عنيتم بوجود عينه فقد ذكرنا انه قد عرف الوجود بدليله وان عنيتم ماوراءه فليس إلاّ الصفات وقد ذكرنا أن الجهل بالصفة غير مانع .

قلنا : نعني به الجهل بوجوده .

قولهم " أن الوجود ثبت بدليله .

قلنا : ما ثبت ، لأن دليل الوجود هو الرؤية ونعني بالدليل ما يوصل الانسان الى علمه بوجود الشئ .

فإن قالوا : الخبره أيضا دليل .

قلنا : الدليل الأصلي هو الرؤية فانا انما نقبل الخبر من المخبر بتقدير رؤيته فيعتمد السامع رؤيته فيقدر في نفسه وجوده باعتماده على حياته برؤيته ويصير السامع كالرائي تقديراً .

ويمكن أن يقال أيضاً أن العلم الذي يحصل بالرؤية وهو علم الإحاطة بالشئ لايحصل بالخبر وقد ثبت أن النبي عليه السلام قال : ليس الخبر كالمعاينة " .[1]

(١) رواه أحمد في المسند : ١/ ٢١٥ ، ٢٧١ .

فثبت أن الأصل هو الرؤية ، ولابد في مسألتنا من الوجود لجواز العقد وانما نعرض عن الأصل ونصير الى غيره لحاجة وضرورة ولاحاجة في الإكتفاء بالخبر ، لأن التوصل الى الرؤية ممكن من غير ضرورة ولا حرج ، وأيضاً فانما ننزل عن هذا الأصل الى الخبر إذا كان الخبر يفيد ما تفيده الرؤية ولايفيد ، لأن علم الإحاطة بالشئ من جميع وجوهه لايحصل بالخبر .

ولأن الخبر لايقطع التّجوز والتّوهم والرؤية قاطعة له فلم يقم مقامها وخرج على ما قلنا ما أوردوا من المسائل . لأن في طلب اسباب الملك رؤية وعياناً وطلب التوكيلات والتفويضات وعقود المعاملات مشاهدة ومحسوساً حرج عظيم وضرر شديد بخلاف مسألتنا .

يبينه : أن المطلوب في هذه المسائل نفس العلم ، وفي مسألتنا انما يراد العلم بالمبيع لمقصود وهو تحصيل مقصود البيع ، وانما يحصل مقصود البيع بعلم يصدر عن الرؤية، لأنه يوجب الإحاطة بالشئ من جميع وجوهه فيعلم انه مغبون أو مغبوط .

فأما الخبر فلا ، فتعين الرؤية طريقاً للعلم بهذا الوجه .

وأما إذا كان رأى المبيع من قبل فانما جاز لأنا نقدر الرؤية هناك قائمة باقية ، ولهذا جعل العقد عليه كالعقد على الحاضر من كل الوجوه بدليل لزوم العقد .

وقولهم : " انه يجوز انه هلك " .

قلنا : هذا التجوز ساقط ، لأن دليل الوجود مقطوع به والهلاك موهوم / فلايعارض ما علمنا بدليل مقطوع به . ٨١/أ

(=) وذكره ابن عبد البر في الاستذكار : ٤٩/١ وقال : " لم يروه غير ابن عباس " . والقرطبي في تفسيره (٢٩٨/٣ ، ١٧١/٢٠) .

وفي مسألتنا : لايوجد مثل هذا فرجعنا الى الدليل الأصلي على ما سبق بيانه الى هذا الموضع انتهت حقيقة المسألة .

وأما الصورة التي ذكروها في الدابة المجللة والجارية المنقبة فنقول : التصوير في موضع مخصوص ليس من عادة المحققين ، ثم يقال في هذه الصورة تأتي طريق صار المبيع معلوماً أن قلتم بالرؤية فنحن نعلم قطعاً انه لم ير المبيع ، وان قلتم بالإشارة ، فالإشارة لتمييز المشار اليه من غيره لا لإعلام .

ألا ترى انه يعلم أعيانا بالرؤية ثم يشير الى واحد منها لتمييزها بالإشارة من غيرها فالطريق في هذه الصورة هو المجادلة وطلب اظهار طريق العلم بالمبيع ، والتحقيق ما سبق من قبل .

وأما ما اعترضوا على فصل الجهل بالوصف وكونه مفسداً للعقد .

فتلك اعتراضات واقعة ، وليس الإعتماد إلا على وجود الجهل بالعين .

وأما ما اعترضوا به على فصل الخيار : ففصل الخيار في الإلزام لابأس به ، وأما الإعتماد عليه ابتداء فبعيد ، لأن التعلق بحكم على أصل المخالف لإثبات المذهب ليس من شأن المحققين ، والاعتراض الذي قالوه ضعيف ، لأن في الإعتراض الأول تعلقوا بالخبر ، والخبر غير ثابت ، وعلى انه يدخل على ما قالوه إذا فسخ العقد قبل الرؤية فانه يجوز عندهم ، وفيه اسقاط الخيار أيضاً ، وان كان بواسطة ابطال العقد .

والعذر الثاني الذي قالوه من تعلق حق الشرع بالخيار فبعيد أيضاً ، لأنه ليس عليه دليل ، ولأنه يدخل عليه سائر أنواع الخيار .

وقولهم " أن الرضا لايوجد على التمام قبل الرؤية " .

قلنا : يوجد ، لأنه يقول : رضيتُ على أيّ وصفٍ كان المبيع مثل ما يقول في

الرضا بالعيوب والطريقة الأخيرة ليس بشئ وقد سبق الدليل .

أما إذا باع قفيراً من صُبرة لايجوز إلا إذا كانت الصُبرة معلوم القفزان فيصير القفيز الواحد معلوما من حيث الجزئية من جملة الصبرة ، وينتقض بما لو قال : بعت شاة من هذا القطيع فيختار أيّها شئت فانه لايجوز ، وليس المانع سوى الجهالة لأنه لامنازعة في هذه الصورة .

وكذلك في العبيد الأربعة ومناقضتهم بالعبيد الثلاث معلومة وليس لهم عنهما عذر يبالي به والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

خيار المجلس ثابت عندنا في البيع ، وما هو في معناه .[١]

وعندهم : لايثبت أصلاً .[٢]

لنا : حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال : المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار " .[٣]

هذا اللفظ رواية مالك[٤] .

---

(١) النكت :ورقه ١٢٩/أ ، المهذب :٣٤٣/١ ، الأم ٣/٣ ، المجموع :١٧١/٩ ، معالم السنن :٧٣٣/٣ تهذيب الاحكام : ورقه ٣/أ ـ كتاب البيع ـ .

وهو قول الحنابلة انظر : المغني ١٠/٦ ، الافصاح ٣٢١/١ ، المقنع

قال ابن قدامة " ويروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وابي هريرة وابي برزة ، وبه قال : سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وطاووس والزهري ، وعطاء والاوزاعي وابن ابي ذئب " .

وذكر هؤلاء الخطابي في المعالم :٧٣٣/٣ ، وهو قول ابن حبيب من المالكية . المنتقى ٥٥/٥ .

(٢) الاسرار :١٠٢/٢ / أ .

شرح معاني الآثار :١٧/٤ ، مختصر القدوري :٢٣٨/١ (مع الجوهرة) بدائع الصنائع ٣٢١١/٧ .

وهو قول المالكية ، انظر : الاشراف للبغدادي :٢٤٩/١ ، الموطأ :٥٥/٥ مع المنتقى ، قوانين الاحكام : ص ٣٠٠ ، الكافي في فقه أهل المدينه : ٧٠١/٢ .

(٣) رواه النسائي في سننه : (٢١٨/٧)

وأبو داود في سننه : (٧٣٥/٣) مع المعالم ، باب في خيار المتبايعين .

(٤) انظر : الموطأ : ٥٥/٥ مع المنتقى ، باب بيع الخيار .

وروى حماد بن[١] زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي عليه السلام قال: كل بيّعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر " .[٢]
والخبر نص في موضع الخلاف .

قالوا : هذا خبر واحد ورد فيما تعم به البلوى وعندنا لايقبل خبر الواحد في هذه الصورة [٣] لأن ما تعم به البلوى ينبغي أن يكون بيان حكمه علينا لعموم الحاجة فإذا كان حكمه نقله الواحد أو الاثنان فهو يدل على أن أصله غير ثابت، ثم حملوا الخبر على المتساومين .[٤]
وقالوا : عندنا لهما الخيار : اما المشتري ففي القبول والرجوع .
وأما البائع ففي الثبات والرجوع .

قالوا : ويجوز أن يسمى المتساومان متبايعين على طريق المجاز . وهذا لأنهما تعدا للبيع وتهيأ له فاستقام أن يسميًا باسم المباشر له توسعاً، ألا ترى

---

(١) في المخطوط (عن) والتصويب من معاني الآثار .

(٢) رواه بسند آخر ولفظه " كل بيعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون بينهما خيار " .
ورواه النسائي في سننه ٧/ ٢٢٠ ، ٢٢١ ، بلفظ (كل بيعين .....) .
ورواه البخاري في صحيحه ٤/٣٢٨ مع الفتح بلفظ " البيعان بالخيار ...) بنفس السند ، باب إذا لم يؤقت الخيار هل يجوز الفسخ .
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/١٢ .
وأبو داود في سننه (٣/٧٣٥ ، ٧٣٦) .

(٣) الاسرار: (٢/١٠١/أ) ولفظه: " .. وأنه بـاب مما تعم به البلـوى فلا يقبـل فيه الغريب

(٤) وذكر هذا المعنى الباجي في المنتقى عن مالك (٥/ ٥٥) .

ان النبي عليه السلام قال : لايبيع احدكم على بيع أخيه "[١] والمراد منه لايسنام على سوم أخيه ، وانما سماه بيعاً على طريق المجاز .كذلك هاهنا .

الجواب

أن الخبر إذا ثبت فسواء أكان فيما يعم به البلوى أو فيما لايعم به البلوى فلابد من اتباعه والحكم به .

وقد قلتم أن الوتر واجب ، والقراءة عن المقتدي ساقط بخبر الواحد وهو مما يعم به البلوى والحاجة .

وقولهم : إذا كانت الحاجة بهذا الحكم عامة وجب أن يكون البيان عن طريق الإستفاضة والعموم" .

قلنا : لا ، فإن البيان العام يجوز أن يقع بخبر الواحد ، وهذا لأن التوصل الى معرفته ممكن لكل واحد ، وإذا أمكن التوصل الى معرفته لكل واحد تم البيان ووقعت الغُنية والكفاية ، وبهذا الطريق اوجبوا الوتر بخبر الواحد ، وكذلك اسقطوا القراءة خلف الإمام بخبر الواحد ، وأمثال هذا يكثر .

وأما التأويل : فباطل ، لأنه عليه السلام قال : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار فلابد من وجود التبايع ليبتنى عليه هذا الخيار .

أما قولهم " أن هذا الاسم يصح اطلاقه على المتساومين بطريق المجاز " .[٢]

قلنا : / العبرة للحقيقة ولايصار الى المجاز إلاّ بدليل .   ٨١/أ

فان قالوا : أن اسم المتبايعين لهما بعد الفراغ مجاز أيضاً .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (٣٥٣/٤) مع الفتح ، باب لايبيع على بيع أخيه .....

(٢) ذكره في اللباب (٤٨٦/٢) .

وإنما الحقيقة لهذا الاسم حين اشتغالهما بالتبايع كالمتشاتمين والمتضاربين .

قلنا : ليس كذلك ، فان العقد قائم حقيقة بعد الفراغ لقيام حكمه ولأن الشرع حكم ببقاء العقد بدليل جواز الاقالة والرد بالعيب وغيره ولولا بقاء العقد لم يتصور ملك الفسخ .

يبينه : أن النبي عليه السلام قال (إلا بيع الخيار) .[١]

وفي رواية : " أو يقول أحدهما لصاحبه اختر "[٢] وكلا اللفظين صحيح ، ولامعنى لهذا اللفظ إلا على هذا المذهب .

فأما التأويل الذي صاروا إليه فهذا اللفظ لغو باطل ، ولأن ابن عمر وهو راوي الحديث فهم الذي قلناه حتى روى انه كان إذا اشترى شيئاً مشى خطوات ليلزم البيع ".[٣]

والمعتمد لنا : هو السنة ، وسنبين المعنى بقدر الإمكان في الجواب عن كلماتهم

وأما حجتهم :

قالوا : عقد معاوضة فيلزم بنفسه .

دليله : النكاح .

وبعضهم قال : عقد معاوضة فيكون الأصل فيه الثبات والقرار .

وأما فقههم :

قالوا : البيع عقد مشروع يوصف بحكم فوصفه اللزوم وحكمه الملك ، وقد تم

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ذكره الخطابي في المعالم :٧٣٣/٣ . ورواه الشافعي في كتاب الام : ٣/٣ .
ورواه البخاري عن نافع قال : " وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه أن يفارق صاحبه " ٣٢٦/٤ مع الفتح ، باب كم يجوز الخيار .

البيع فوجب أن يتم بوصفه مفيداً حكمه ·

وأما تأخير ذلك الى أن يفترقا ليس عليه دليل ·

يبينه : أن السبب إذا تم يفيد حكمه ولاينبغي أن يتأخر حكمه إلا بعارض دليل، فمن ادعى العارض فعليه البيان .

وتحقيقهم : هو طلب علة الخيار · قالوا : ولايجوز أن يكون نفس البيع ، لأن البيع إذا كان حكمه الملك واللزوم فلايجوز أن يكون نفسه موجباً ضده ·

وأما المجلس فليس فيه دليل على ثبوت الخيار ، لأن المجلس ليس إلا لزوم المتعاقدين مكاناً واحداً أو بقاءهما في مجلس العقد وهذا لايصلح علة للخيار، وهذا لأن الموجب للخيار دليل يعارض العقد في منع اللزوم مثل شرط الخيار فإنه استثناء وصف اللزوم والعقد يقتضى اللزوم فإذا عارضه ما يسقط اللزوم سقط عمل العقد في اللزوم لأجل المعارضة ، وعلى هذا عمل وجود العيب بالمبيع وكذلك عمل الجهل بالصفة .

فأما هاهنا فلادليل يعارض العقد في سلب اللزوم أو نفي الملك فبقى العقد عاملاً في اثبات حكمه منعقداً بوصفه ·

قالوا : ولايجوز أن يقال أن الخيار انما ثبت نظراً للمتعاقدين لأن النظر ليس إلا لدفع الغبن أن عثر عليه ، والشارع قد شرع الخيار الثلاث لهذه العلة فان في خبر حبّان [١] بن منقذ انه كان يغبن في البيع فقال له النبي عليه السلام

---

(١) حَبّان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ثم المازني المدني ، صدوق من الخامسة ، روى له مسلم وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجة . انظر : التقريب ص ٦٢ .

﴿ إذا ابتعت فقل : لاخَلابة [١] وَليّ الخيار ثلاثة أيام ﴾ [٢] وإذا شرع خيار الشرط لهذا النظر ، فلا معنى لشرع خيار آخر .

يبينه : أن هذا النظر لايوجد إلا لخيار يبقى بعد التفرق ، فأما بخيار يتقيد بالمجلس وصاحبه متمكن من مفارقته فلايوجد فيه تمام النظر .

واستدلوا : على أن اللزوم من مقتضى هذا العقد بكونه معاوضة ، وهذا لأن دخول العوض في العقد موجب للزوم العقد بدليل العوض في الهبة ، وبدليل العوض في الطلاق .

وتعلق بعض أصحابهم : بوجود الرضا على الكمال ، ودليل وجود الرضا على الكمال اطلاق العقد ، والعقد عقد مراضاة ، فإذا اطلق العقد فقد كمل الرضا وتمّ .

---

(١) " خلابة " مصدر خلبتُ الرجل إذا خدعته " قاله الخطابي في المعالم ٣/٧٦٦ .
رواه البخاري في صحيحه ٤/٣٣٧ ، مع الفتح ، باب ما يكره من الخداع في البيع .

(٢) نقل ابن حجر عن الرافعي قوله " وجعل لك ذلك ثلاثة أيام ، وفي رواية " ولك الخيار ثلاثاً ، وفي رواية " قل لاخلابة ، واشترط الخيار ثلاثاً " .
ان هذه الروايات في كتب الفقه وليس في كتب الحديث المشهور سوى قوله " لاخلابة " التلخيص الحبير : ٣/٢١ .
وقال النووي في المجموع " واشترط الخيار ثلاثة أيام " فمنكر لايعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث

الجواب :

أن سبب الخيار هو نفس العقد وهو موافق لنص الرسول عليه السلام فان في الخبر (المتبايعان بالخيار) .[١]

دل انه ثابت بالتبايع .

والمعنى يدل عليه أيضاً : وذلك لأن البيع سبب للايقاع في الندم والندم مؤثر في اثبات الخيار وانما قلنا ذلك لأن النظر متوقع من الشارع في كل موضع وقعت الحاجة الى النظر ، والندم محوج الى النظر ، فثبت الخيار نظراً .

ثم بيان قولنا " أن البيع سبب للإيقاع في الندم " .

وذلك لأن البيع يخرج العين المبيعة عن ملكه ، وخروج العين المبيعة من ملكه وان كان بثمن سبب للندم ، فان للناس اغراضاً ومقاصد في الأعيان ، والآدمي مجبول على الضعف والتقصير في حقه ، وربما يبيع بيعاً ويرى الغبطة في البيع فإذا وقع البيع وخرج الشئ من ملكه ندم ورأى أن الغبطة كان في ترك البيع وبقاء العين على ملكه، وكذلك في جانب المشتري وهذا معيار متعارف .

وبهذا السبب ثبت لهما خيار الإقالة ، وليس لمعنى إلا الندم وبه ورد النص فإن النبي عليه السلام قال ﴿ من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة ﴾ .[٢]

ولو خلينا والقياس لم تجز الاقالة في عقد فرغ منه وانقضى بحقيقته ولكنها جازت من الشرع نظراً / للمتعاقدين إلا أن ذلك الخيار بندم ٨٢/أ يتفقان عليه ،وهذا الخيار بندمٍ ينفرد به احدهما ولابد من كل واحد منهما ليتم النظر .

وأما فصل شرط الخيار فنقول : " لاتقع الغنية بذلك الخيار عن هذا الخيار ، لأن

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣٢٨/٤ مع الفتح ، باب " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا "

(٢) رواه هذا اللفظ ابن عدي في الكامل : ١٣٣/١ ، ١٣٤ .

ذلك الخيار لندم بغبن يظهر على ما ورد به الخبر ، وهذا الخيار بندم لعقد يقع وكل واحد مؤثر في الندم فإذا كان احدهما يوجب شرع خيار لتلافي ما يحصل به الندم . فكذلك الآخر جاز أن يوجب أيضاً إلا أن أحدهما ثبت شرعاً ، لان سببه العقد والآخر ثبت شرطا لان الشرع اشار اليه وأمر بشرطه والخيار ينقسم الى مشروط ومشروع وان اتفقا في المعنى الموجب للخيار بدليل خيار فقد الصفة فانه تارة يثبت شرعاً لأجل وجود العيب وتارة يثبت شرطاً إذا شرط في العبد انه خبّاز أو كاتب .

وأما فصل التقييد بالمجلس : فانما كان كذلك ، لأنه لما كان سببه نفس العقد تقدر بزمان العقد ، ولأن المقصود والمطلوب بهذا يحصل فانه ليس لندم العثور على الغبن أو للتروّي والتفكير بل هو بسبب ندم يحصل بعين العقد ، وإذا أثبتنا بهذا القدر حصل المقصود فلا معنى لاعتبار الزيادة .

وجملة الكلام أن خيار المجلس خيار نظر فيثبت لقيام الحاجة الى النظر ، دليله: خيار الرؤية وخيار الشرط عند المشارطة .

فإن قالوا : ما السبب ؟ فقد بيّنا .

وقولهم : " أن العقد مشروع بوصف لحكم " .

قلنا : بلى ، ولكنه عارضه دليل في نفي اللزوم وتأخير الملك في زمان المجلس على ما سبق بيانه فصار العقد مفيداً حكمه بعد التفرق لسقوط الدليل المعارض مثل مايفيد حكمه بعد مضي الثلاث لسقوط المعارض .

وأما دخول العوض فلايمنع ثبوت هذا الخيار مثل مالايمنع ثبوت خيار الشرط .

وأما وجود الرضا لايمنع ثبوت الخيار أيضا نظراً مثل خيار الرؤية وهذا لأن الآدمي لما كان مجبولاً على العجز والتقصير في حق نفسه وترك النظر فلايجوز

في حكمة الشرع تخليته والنظر لنفسه بل لابد من انضمام النظر الى نظره من قبل خالقه وايصال لطف إليه باثبات نظرٍ له وان لم يكن حاصلاً باختياره وكسبه وهذا ظاهر للمتأمل .

وقد كانت هذه المسألة خبرية محضة ولم يكن للأصحاب فيها مجال للفقه فصارت المسألة بما استخرجنا من المعنى من المسائل الفقهية ، والتحقت بأخواتها ونظائرها بحمد الله تعالى وتوفيقه . والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

خيار الشرط موروث عندنا .[١]

وعندهم : لايورث .[٢]

لنا :

انه حق من حقوق المال فيورث كسائر حقوق المالية مثل حق الرهن وحق الكفالة وحق حبس المبيع وغيرها وهذا لأن الحقوق محل الإرث مثل الأعيان بدليل قوله عليه السلام : ﴿ مَنْ ترك حقاً أو مالاً فلورثته ﴾ .[٣]

ولأن الحقوق محترمة معصومة مثل أعيان المال فلاتضيع بموته ، لأن الموت غير مضيع للحقوق فانه في الوضع ليس لابطال الحقوق ، واسقاطها انما هو نقل الى الآخرة إلا انه لما مات استغنى عن حقوقه واملاكه فالشرع نقلها الى أقرب الناس اليه ليكون خليفة له في املاكه وحقوقه وتبقى تلك الحرمة والعصمة مستمرة وان انتقل من مورثٍ الى وارث ومن أصلٍ إلى خلف .

---

(١) مختصر المزني : ١٣٤/٢ مع الام ، المجموع :١٩٣/٩ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، النكت ورقة ١٣٠/ب المهذب : ٣٤٤/١ ، تهذيب الاحكام : ٧/أ ، كتاب البيع .
وهو قول المالكية .. أنظر : الاشراف للبغدادي ٢٤٩/١ ، المنتقى للباجي : ٥٩/٥ .

(٢) الاسرار : ٩٧/٢/ب مراد ملا ، مختلف الرواية : ورقه ١٥٨/ب .
مختصر الطحاوي ص ٧٥ ، المبسوط :٤٢/١٣ ، مختصر القدوري :٢٥٠/١ مع الجوهرة . بدائع الصنائع : ٣٠٤٠/٦ ، رؤوس المسائل ص ٢٧٤ ، الهداية مع فتح القدير : ٣١٨/٦ ، وهو قول الحنابلة انظر : المغني ١٤/٦ ، الافصاح : ٣٢٣/١ .

(٣) رواه البخاري في صحيحه : ٦١/٥ مع الفتح ، باب الصلاة على من ترك ديناً .
وأحمد في المسند : ٢٩٠/٢ ، ٤٥٣ .

وأعلم أنهم يسلمون جريان الإرث في الحقوق غير انهم يمنعون كون خيار الشرط حقاً فنقول :الثابت بخيار الشرط هو فسخ العقد ، ولافرق بين أن يقول : بعتُ على أني بالخيار أو يقول : بعتُ على أن لي فسخه الى ثلاثة أيام .
وهذا لأن الخيار انما صح بشرطه بحكم شرعي يبتنى عليه وليس ذلك الحكم إلا الفسخ فان الاجازة ثابتة بنفس العقد بدليل انه إذا مضت المدة لزم العقد من غير صنع من قبله ، فأما إذا أجاز في المدة فانما لزم العقد لا لأنه تصرف بحكم الخيار لكن لأنه اسقط الخيار بالاجازة فظهر حكم العقد من اللزوم . فثبت أن الخيار مشروط للفسخ وانه حكمه ، وترك حق الفسخ من الخيار منزلة الملك من البيع وسائر أحكام العقود من العقود ، فكما أن البيع اثبات ملك ، والنكاح اثبات حلّ فشرط الخيار اثبات فسخ وإذا كان الثابت له فسخ العقد ، والعقد حقهما لأنه إيجاب وقبول ، والايجاب حق الموجب ، والقبول حق القابل ، وليس هذا مما يشكل أن العقد حق المتعاقدين وهو / حق ثابت لكل واحدٍ ٨٢/ب من المتعاقدين على صاحبه فصار حقيقة شرط الخيار اسقاط حق الغير عن نفسه بفسخ عقده ، وإن شئت قلت تبقية حقه واسقاط حق غيره ، فكما أن ما يثبته لنفسه حقه فما يسقط عن نفسه حقه ، لأن كل واحد فيهما منفعة مالية عائدة اليه ، والمنفعة قد تكون بعين يستحقها على غيره وقد يكون بحق يصل به الى غيره ، وقد يكون بحق يسقطه عن نفسه لولا ذلك الإسقاط لصار مستحقا عليه فثبت بمجموع ما ذكرناه أن شرط الخيار اثبات حق وهو من حقوق المال لما بينا أن منفعته عائدة الى المال وصار بمنزلة الرد بالعيب ، واصل عقد البيع فانهما صارا حقين من حقوق المال وجرى فيهما الإرث ، كذلك هاهنا .

وأما حجتهم :

قالوا : الخيار محض مشيئة فلا يورث ، وهذا لأن تفسير الخيار : هو أن المشيئة اليه في فسخ العقد وامضائه ، وماله تفسير أكثر من هذا وإذا كان محض مشيئة فلم يورث ، لأن مشيئة الانسان صفته فإذا مات وهلك هلك بصفاته فلايتصور فيها الإرث .

وحرفهم : أن الإرث انما يكون في شئ يبقى بعد موته ولايتصور بقاء حياته بعد موته.

قالوا : وقولنا : إنه محض مشيئة " يتبين انه ليس باثبات حق بل هو استيفاء مشيئة أصلية كانت ثابتة له ، فإنه كان له المشيئة ليعقد مطلقاً فيلزم ويملك أو يعقد بخيار فيكون عاقداًمن غير إلزام ولاتمليك ، فإذا اطلق البيع فقد باشر جميع ما جعل إليه وإذا عقد بخيار فقد باشر بعض ما جعل إليه واستثنى البعض على مشيئته فصار شرط الخيار في الحقيقة ترك العقد في اللزوم والملك على العدم أو هو امتناع من عقد ملزم موجب للملك ، والعقد والعدم لايتصور أن يكون حقاً لاحد وإذا لم يكن حقا لم يورث . قالوا : واما لزوم العقد بمضي مدة الخيار وموت مَنْ له الخيار انما كان لأن شرط الخيار لما كانت حقيقته استيفاء مشيئة نفسه ومشيئته سقطت بموته وإذا سقطت مشيئته ظهر موجب العقد من اللزوم والملك ، وهذا لأن مشيئته كانت مانعة من ظهور الحكم للعقد فإذا سقطت زال المانع وظهر حكمه .

قالوا : " وقولكم انه اثبات فسخ العقد " .

ليس كذلك ، بل هو اثبات مشيئة محضة فانه قال : على أني بالخيار ، والخيار والإختيار والمشيئة كلها بمعنى واحد .

وقد كادت تخرج عن يده فبشرط الخيار ابقاها في يده من وجه .

وأما فسخ العقد يبتنى على ثبوت المشيئة وهو في الحقيقة ترك الزام العقد واثبات الحق للغير لا انه تصرف في حق الغير بالإسقاط .

قالوا : وقول مَنْ قال من أصحابكم : انه حق لازم متعلق بالعقد أو المبيع " .

ليس بشئ ، لأنه إذا لم يكن حقاً فكيف يتعلق بمحل ؟ ولأنه إذا كان محض مشيئة وخيرة فيكون محله نفس العاقد الشائي لا العقد ولا المبيع .

وأما اللزوم فلا معنى له ، لأن ما يورث لافرق بين أن يكون لازماً أو غير لازم كالعقد وان كان غير لازم يورث .

قالوا : واما خيار العيب فلا يورث عندنا [١] ، وإنما يورث الموجب بخيار العيب ثم يثبت للوارث ابتداءً .

وبيان هذا : أن البائع أوجب للمشتري عيناً بشرط السلامة لأنه سلامة بسلامة فإذا لم يجدها سليمة ثبت له حق الرجوع الى رأس ماله الأصلي وهو الثمن ، وما أوجبه البائع للمشتري قد استحقه وارثه فصار المبيع مستحقا للوارث بوصف السلامة على ما كان يستحقه المورث فإذا لم يجد ثبت له حق الرد ابتداءً لا على طريق ارث الخيار .

وأما في مسألتنا لو ثبت الخيار لثبت على طريق الإرث ، لأن اثباته ابتدأ لا وجه بحال ، لأن المبيع سليم من العيوب وملك المبيع سليماً من العيوب لايكون سببا للخيار ، وإنما كان الخيار للمورث لاستثناه المشيئة بنفسه ، وقد هلك بمشيئته فلزم العقد ثم إذا لزم العقد لم يتصور ثبوت خيار الشرط في عقد لازم .

---

(١) عند الحنفية .

قالوا : { وكذلك خيار الرؤية أن سلمنا ، يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مجهول الوصف ، وكذلك خيار التعيين فيما لو اشترى أحد عبدين على انه بالخيار يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مختلطاً بما ليس بمبيع }[١] فيكون له خيار التميز ويكون وارث المشتري أولى بالتمييز والتعين من البائع ، لأنه خليفة من كان أولى بالخيار في الجملة فيكون أولى بالخيار أيضاً .

قالوا : واما العقد ، فقد قال بعضهم : انه لايورث ، لأنه قول مضى وانقضى فلايتصور فيه الارث ، وانما مَلَكَ الوارثُ الإقالة والرد بالعيب وكذلك المورث لا ، لبقاء العقد لوارثه لكن لملك العين عن عقد أو لملكه العين تسمية. ولملك العين / عن البيع حكم وهو ملك الفسخ فملكه لإظهار حكم ٨٣/ أ السبب .

قالوا : ولهذا ملك عندنا الموكّل الفسخ وليس بعاقد ، وكذلك القاضي بملك وليس بعاقد ، وقد سلّم أكثرهم على أن العقد موروث .

قالوا : انه حكم يبقى فيبقى ببقاء حكمه فيورث ، والخيار ليس له حكم أصلاً حتى يبقى ببقاء حكمه فلم يورث ، وهذا رجوع الى قولهم " أن شرط الخيار ليس باثبات حق أصلاً والعقد اثبات حق " .

وربما يقولون : جرى الإرث في العقد تبعاً للعين ، فلو ورث الخيار ورث تبعاً للعقد ولايكون تبع .

وأما مشايخهم تعلقوا بالأجل . وقالوا : مدة فسخه تثبت لأحد المتعاقدين شرطاً فلم يورث كالأجل .

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار مع بعض التصرف ٢/٩٨/ب .

وأوردوه نقضاً على العلة التي وقع التعلق بها ابتداءً وهو قولنا " حق من حقوق المال .

الجواب :

ان قولهم : " الخيار محض مشيئة " .

قلنا : أن عَنَوا أن الثابت نفس المشيئة فليس كذلك ، وان عَنَوا أن الثابت حق يستوفى بالمشيئة فمسلم ، ولكنه حق موروث ، وهذا لأن المشيئة التي زعموها لاتدخل تحت الشرط بعد العقد ، وهذا لأن سبب الإيجاب والملك قد تم من قبله وليس يحتاج الى مباشرة شئ ليلزم العقد ويفيد الملك وإذا مضت المدة فالمشتري يملك بذلك العقد السابق من غير أن انضم اليه مباشر شئ آخر من قبل العاقد " .

واذا ثبت تمام السبب لم يستقم أن يقال أن شرط الخيار هو استيفاء مشيئة كانت ثابتة له ، لأنهم يعنون المشيئة في العقد وإذا كان قد باشر العقد على الكمال والتمام بدليل استغنائه عن ضم شئ آخر اليه من حيث العقدية لم يتصور أن يكون شرط الخيار استيفاء مشيئة كانت ثابتة له في أصل العقد بل صار شرط الخيار اثبات ولاية الفسخ في عقد منعقد كامل .

ولهذا افتقر شرط الخيار الى رضا المشترى ولو كان استيفاء مشيئة لم يفتقر ، وانما افتقر لأنه اثبات فسخ عقده ، ولهذا كان الأصح عندنا أن الخيار لايمنع ملك المشتري لأن السبب قد تَمّ فأوجب الملك في المبيع ، وإنما الثابت بشرط الخيار مجرد فسخ العقد ، وذلك لايمنع الملك ، ولما عدم اللزوم انما كان لانه لايتصور مع ثبوت الفسخ أن يكون لازماً فتبين بما قلنا تحقيقاً انه ليس شرط الخيار استيفاء المشيئة الأصلية انما هو اثبات حق الفسخ ، لأن ثبوت الفسخ مستقيم شرعاً ومعقولاً .

أما استيفاء المشيئة في العقد وقد تَمّ السبب في العقد به فمحال لايمكن اثباته ، هذا هو نهاية التحقيق وسر المسألة ، وليس يَردُ عليه كلام بوجهٍ ما ، وقد غفل عنه كل مَنْ تكلم في هذه المسألة حتى استخرجناه من مظانه وأبرزناه من خدره بعون الله تعالى .

وأما فصل العقد فهو داخل على طريقتهم ، لأنه كلام ، كما أن الخيار مشيئة وان كان مشيئة الانسان تفوت بفواته ، فكذلك كلامه ، لكن كلامه لما صار عقداً شرعياً ورث كذلك المشيئة لما صارت حقاً شرعيا ورث .

وقولهم : " أن العقد قد انقضى بالفراغ عنه " .

ليس بشئ ، بدليل جواز الإقالة والفسخ يلاقي العقد لا المعقود عليه ولأن عندهم تصح الزيادة في الثمن والمبيع ، وانما صح بطريق تغيير العقد ولولا انه قائم لم يصح تغييره .

وأما الذي قالوا على التسليم أن العقد له حكم فبقى ببقائه " .

قلنا : والخيار له حكم فيبقى ببقائه .

وقولهم : أن التبع لايكون له تبع " .

قلنا : كما أن العقد سبب مقصود لحكمه فالخيار سبب مقصود لحكمه فلا فرق بوجه .

وأما قولهم " على خيار العيب انه يثبت ابتداءً " .

فليس بصحيح ، ولايتصور ثبوت خيار العيب إلا لعاقدٍ لأنه باستحقاق السلامة بالعقد ولايستحق السلامة بالعقد إلا عاقد ، فأما الوارث لايستحق ما يستحقه بالعقد ومع هذا ثبت خيار العيب للوارث دل انه يثبت بطريق الإرث .

وأما فصل الأجل : فليس يدخل أولاً على العلة التي قلناها ، لأن قولنا " فيورث " معناه ليكون حقا له على ما هو وضع الإرث والوارث لو ورث الأجل

يكون عليه لا له ألا ترى أنه يتأخر حقه من الشركة ليقضي الدين ولايتصور إرث حق يكون عليه ٠

وهذا لأن الأجل وان كان حق مالي لكنه صفة الدين ، ولم يورث الدين فكيف يورث الأجل ؟، ومتى يتصور أن يكون الدين على شخص والأجل لغيره ؟٠

فإن قالوا : وجب أن يبقى الدين في ذمة الميت بأجله " .

قلنا : ليس هذا من هذه المسألة في شئ وانما لم يبق لأن منفعته في سقوط الأجل وتعجيل قضاء الدين لتفرغ ذمته وينفك به من النار على ما ورد به الخبر .

وإذا كان الأجل لنفعه فمتى كان نفعه في سقوطه سقط ويمكن أن يقال أيضاً أن الاجل لتحمل الدين وتحصيله ، ولهذا / اختص الأجل بالدين ولم ٨٣/ب يجز بالعين وبالموت قد انتهى زمان التحمل فانتهى الأجل وسقط لفوات ما وضع لأجله والله أعلم ٠

﴿ مسألة ﴾ *

إذا شرط البيع في خيار أربعة ايام ثم حذفه قبل دخول اليوم الرابع لم ينقلب العقد صحيحاً .[١]

وكذلك إذا جعل أجل الدين الى الحصاد أو الدياس ثم أسقط قبل أوان الحصاد والدياس .[٢]

وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يصير العقد كأنه لم يكن فيه هذا الشرط أصلاً.[٣]

لنا :

أن البيع فاسد بهذا الشرط ، والدليل عليه : أن هذا الشرط منهي عنه بدليل أن الوفاء به حرام ، والشرط المنهي عنه في البيع يفسده بدليل سائر الشروط وبدليل ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع وشرط "[٤] .

(*) قال النووي في المجموع : يصح خيار الشرط في البيع بالاجماع إذا كانت مدته معلومة . اهـ ١٧٨/٩.

وقال في موضع آخر : واختلفوا في ضبطه فمذهبنا انه يجوز ثلاثة أيام فيما دونها ولايجوز أكثر من ذلك . " أ هـ ٢١٢/٩ .

(١) المهذب : ٣٤٣/١ ، المجموع :١٨١/٩ ، ٢١٢ ، تهذيب الأحكام : ٨/أ ـ كتاب البيوع ، الحاوي الكبير : ٦٩/٥.

(٢) الأم : ٨٥/٣ ، مختصر القدوري : ٣٦٢/١ . المجموع : ٣٣١/٩ .

قال النووي : قال مالك وأحمد وأبو ثور : يجوز بثمن الى الحصاد والدياس والعطاء "

(٣) الاسرار : ٩٤/٢ / أ ، ب . مختصر القدوري : ٢٦٢/١.

(٤) قال ابن حجر في التلخيص الحبير : رواه ابن حزم في المحلى والخطابي في ==

ولأن البيع انما صح شرعاً، لأنه مشروع على الوجه الذي صح على معنى انــــه مــأذون فيــه من قبله والبـيع بشـرط خيــار أربعـة أيام غـيـر مشـروع فلم يـكن صحيحاً وهذا تحقيق عمل النبي ﷺ.

ويدل عليـه : أن عندهم يكون مـضمـوناً بالقيـمة في يد المشـتري ، وكـذلك إذا قبض المبيع فــي زمان الثلاث قبل دخول اليوم الرابع دل أن البيع فاسد ، وإذا ثبت انه فاسد فنقول : فسـاده بالشرط ، لأنه لم يوجد إلا الشرط ، ولأن الفساد من قـبل العـاقد والذي من قبل العاقـد هو الشرط وإذا فسد العقـد بالشـرط لم يتصور انقلابه صحيحاً لأن حذف الشرط غير متصور ، فانه قد قرن العقد وفرغ منه ، والإسقـاط لو صح انما يلاقي المشروط لا الشرط ، أو يلاقي مـايوجد في المستقبل ، فأما ما حكم بانقضائه ومضائه فلايتصور اسقاطه فبقى على الفساد على ما كان ، وصار كما لو دخل جزء من اليوم الرابع ثم أُسقط الخيار.

وأما حجتهم :

قالوا : البيع الفاسد منعقد على ما عرف من أصل أصحابنا فإذا انعقد ثبت فيه مدة الخيار فإذا أسقط جعل كأن مدة الخيـار كانت مشروطة الى زمان الإسقاط ، كما لو كان الخيار مشروطا بقدر الثلاث .

وأما معتمدهم من حيث المعنى : فانهم يقولون أن الفساد غير متمكن من العقد بنفس شرط الخيار ، وإذا لم يتمكن منه قبل الإسقاط والحذف ، وأنما قلنا " انه غير متمكن " لأن عقد البيع قابل لشرط الخيار في الجملة،ألاً ترى أنه يقبل

(=) المعالم والطبراني في الأوسط ، والحاكم في علوم الحديث ، واستغربه النووي " اهـ ١٢/٣ . انظر المحلى ٤٠٩/٩ .

الثلاث وانما لم يقبل في هذه المسألة لاتصال الثالث باليوم الرابع ، وهذا اتصال يقبل الإنفصال .

ألا ترى أن فصل اليوم الثالث ممكن من اليومين في الخيار الثلاث فكذلك فصل اليوم الرابع ممكن من الثلاث في خيار الأربع وإذا قبل الفصل من هذا الوجه ينفصل بالفعل وجعل كالعدم .

يبينه : أن الفساد لما كان باتصال خيار يقبل الإنفصال فالفساد يتّصفُ بثبوت يقبل السقوط ليكون ظهور العمل على وفق العامل وضربوا لهذا أمثلة من اصولهم :ـ

من مسألة بيع الفص ونزعه وتسليمه حيث يصح ، أو بيع الجذع في السقف ونزعه وتسليمه، وكذلك اعلام الرقم في المجلس إذا باع بالرقم ، وربما يقولون : أن المفسد لم يتمكن من العقد ، لأنه ليس المفسد نفس الشرط ، وانما المفسد هو المشروط ، لأن الشرط يراد للمشروط لا لعينه، والمشروط انتفاء اللزوم عن العقد في اليوم الرابع ، وهذا الذي لايقبله العقد وانتفاء اللزوم في اليوم الرابع لايتصور إلا بعد وجود اليوم الرابع .

فدل انه لم يتمكن الفساد من العقد قبل دخول اليوم الرابع .

قالوا : وظهر الفرق بما قلنا بين ما إذا أُسقط الخيار بعد دخول اليوم الرابع أو قبل دخوله .

قالوا : وكذلك الكلام في الأجل الى الحصاد والدياس ، لأن الفساد ليس في نفس الأجل انما هو في جهالته [١] ، والجهالة في انتهاء الأجل لا في ابتدائه لأنه يتقدم تارة ويتأخر أخرى ، فإذا اسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس فقد

---

(١) الجوهرة النيرة ٣٦٣/١ .

أسقط المفسد من العقد قبل تمكنه منه على ما سبق من قبل فجعل العقد كالخالي عنه في الإبتداء .

الجواب :

أما تعلقهم بالخيار الثلاث : فضعيف ، لأن البيع في تلك الصورة صحيح وقضيته اللزوم إلا أنه تأخر بالخيار المشروط في البيع ، وهذا المشروط يقبل الإسقاط تارة والسقوط أخرى ليظهر موجب العقد الصحيح فان موجب العقد الصحيح لايظهر إلا عند سقوط الخيار فإذا أسقط سقط وظهر قضية العقد من الإنبراء أو اللزوم فلا يجعل العقد كأنه عرى عن هذا الخيار بالاسقاط ولا أيضاً يجعل كأن المدة كانت مضروبة الى زمان الإسقاط بل الإسقاط يقتصر على زمانه ولايتقدم عليه ، وقد كان العقد غير منبرم الى هذا الوقت والآن صار منبرماً .

فأما في مسألتنا فالعقد فاسد على ما سبق ذكره وقد فسد بالشرط وانما فسد لعقده / معه فسواء أسقط أو لم يسقط بقى العقد معقوداً على ٨٤/أ الفساد فلم يتصور انقلابه صحيحاً ، فإن اراد المتعاقدان بيعا صحيحا فينبغي أن ينشيأ عقداً لا على هذا الشرط فصار تدارك هذا الأمر بانشاء مثله صحيحاً لا باسقاط الخيار منه .

وحرف الفرق أن هناك عقد البيع على الوجه المشروع وضعاً من العمل لمعارض ثم إذا لا المانع .

وفي مسألتنا ما عقد على الوجه المشروع أصلا فصار التدارك بانشائه وابتدائه على الوجه المشروع ولهذا المعنى لو انقضى زمان الخيار في تلك الصورة عاد البيع لازماً ، وفي مسألتنا لو انقضى زمان الخيار لم يعد البيع صحيحاً .

وأما قولهم : " أن الفساد لم يتمكن من العقد " .

قلنا : قد تمكن لما بينا أن الفساد بالشرط وتمكنه من العقد شرط فيه وقولهم : أن الفساد باتصال يقبل الانفصال " .

قلنا: هذا بناء على أن الفساد بوجود اليوم الرابع ، وقد ذكرنا أن الفساد مقترن بالعقد والعقد بشرطه قد مضى فلا يتصور فصل الشرط عنه ، لأن فصله عنه بان يعرى عنه ويخلو عنه . وهذا مما يؤس عنه لما بينا أن الإسقاط يعمل في المستقبل لا في الماضي .

ونجيب بجواب آخر في نهاية القوة بحيث لايبقى لهم متنفس : .

فنقول : لامحل لخيار الشرط في البيع الفاسد وان كان منعقداً على أصولهم ، لأن الخيار بسبب الفساد ثابت لكل واحد من المتعاقدين ، والخيار بالفساد أقوى من كل خيار بل هو باقٍ على كل خيار واثبات الخيار بالشرط في مثل هذا المحل محال.

ولهذا لو اشترى شيئاً بخمر أو خنزير على خيار ثلاثة أيام بكون هذا الشرط باطلاً ، وإذا لم يثبت الخيار بقى الفساد بنفس الشرط ومجرد الذكر والإسقاط انما يتناول مدة الخيار لانفس الشرط فصار وجود الإسقاط وعدمه بمنزلة ، وكذلك في الأصل المجهول لأن الأجل المجهول مضروب لتأخير الثمن ، وفي البيع الفاسد انما تجب القيمة لا الثمن والقيمة والثمن غيران فالأجل في احدهما لايكون أجلاً في الآخر فبطل الأجل في هذه الصورة كما بطل الخيار في الصورة الأولى فصار الفساد بمجرد ذكر الأجل ، وذكر الخيار .

والحرف : انه لو انقلب العقد صحيحاً لانقلب صحيحاً بالإسقاط والإسقاط باطل على ماسبق وهذا أن اعتمدنا عليه ابتدأ لايبقى لهم شئ أصلاً . والله أعلم بالصواب .

((مسائل الربويات))

مسألة :

حكم النص الوارد في اثبات الربا هو تحريم بيع المطعوم بجنسه إلا عند التساوي في معيار الشرع هذا في الأشياء الأربعة [(١)] .

وفي الذهب والفضة حكم النص هو تحريم بيع الذهب بجنسه أو الفضه بجنسها إلا عند التساوي في معيار الشرع .

وعلة هذا الحكم في الأشياء الأربعة الطعم ، وفي الذهب والفضة الثمنية ، ويعبر عنه " بجوهرية الأثمان " فيدخل الحلي والتبر .

وأما الجنس في الموضعين شرط محض فعلى ما قلنا تحريم البيع في هذه الأموال أصل وهو حقيقة الربا وإنما كان ربا لأنه حرام ، ولأنه لايخلو البيع في هذه المواضع عن وجود فضل في المالية من أحد الجانبين ، وذلك الفضل ربا ، فصار المراد من الفضل على هذا هو الفضل المطلق لا الفضل من حيث القدر على الخصوص .

وأما الكيل فهو سبب الخلاص عند استواء العوضين فيه ، وكذلك الوزن .

---

(١) الام :١٤/٣ ، المهذب :٣٥٩/١ ، تهذيب الاحكام :٩/ب ، كتاب البيوع ، تفسير الفخرالرازي : ٩٤/٧ .

وهو الرواية الثانية عند الامام أحمد . انظر المغني : ٥٦/٦ ، المقنع : ٦٥/٢ .

والرواية الثانية وهي القول القديم للشافعي : العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنسٍ مكيلاً أو موزوناً ، فلايجري الربا في مطعوم لايكال ولايوزن كالتفاح والرمان والبطيخ الى غير ذلك من انواع الفواكه ولافيما ليس بمطعوم كالزعفران والحديد والرصاص ونحوه .... " وهو قول سعيد بن المسيب ، المهذب :٣٥٩/١ ، المغني : ٥٦/٦ .

==

هذا جملة مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وبيان حقيقته، ومتى عرف هذا سهل معرفة الفروع وهو جريان الربا في القليل من البر والشعير وغيره ، وجريان الربا في الفواكه ، وعدم جريانه في الجص والنورة وما ليس بمطعوم .

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمة الله عليه وأصحابه فعندهم : حكم النص الوارد في الباب هو ايجاب التسوية بين العوضين في البيع كيلاً في الأشياء الأربعة ، ووزناً في الذهب والفضة[1] ، وتحريم الفضل بناءً على وجوب التسوية، وهو الفضل من حيث القدر وجعلوا الربا هو الفضل ، وافسدوا البيع بوجود هذا النوع من الفضل فيه مع وجوب التسوية . وعلة الحكم : الكيل مع الجنس في الأشياء الأربعة،والعلة في الذهب وافضة هي الوزن مع الجنس فعلى هذا قالوا :

أن الأصل في هذه الأموال جواز البيع وصارت التسوية بين العوضين واجبة بالنص ، وحرم الفضل قدراً وهو حقيقة الربا وعلته ماذكرنا وعند معرفة هذا سهل معرفة الفروع فانهم قالوا لايجري / الربا في قليل البر والشعير ٨٤/ب ويجري في الجص والنورة مايشبه ذلك .

فأما دليلنا أن حكم النص ما ذكرنا : حديث عبادة بن الصامت وغيره من

(=) وقال الامام مالك : العلة في الاشياء الاربعة انها جنس مأكول على وجه تمس اليه الحاجة من القوت وما يصلحه من المدخرات " .

الاشراف للبغدادي ٢٥٢/١ ، الجامع لاحكام القرآن : ٣٥٣/٣ .

فمن هذا يظهر أن علة الربا في النقدين متفق عليها بينهم وهي الثمنية أو كونها قيم المتلفات ، وانما الخلاف فيما يظهر في علة الاشياء الأربعة .

(١) مختصر الطحاوي ص ١٧٥ ، الاسرار : ٧٣/٢/أ ، المبسوط : ١١٣/١٣ ، مختلف الرواية : ورقه ١٥٧/أ ، البدائع : ٣١٠٦/٧ ، الهداية مع فتح القدير: ٤/٧ . ==

الرواة أن النبي عليه السلام قال : ﴿ لاتبيعوا البُر بالبُر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا مثلاً بمثل يداً بيد ﴾ [١] وهذا نص في الحكم الذي بينا .

ويدل عليه : حديث معمر [٢] بن عبد الله أن النبي عليه السلام قال :

﴿ لاتبيعوا الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل ﴾ [٣] وهذا تصريح بالحكم الذي ذكرنا .

(=) وهو رواية عن الامام أحمد وهي أشهر الروايات .
انظر : المغني : ٥٥/٦ ، المقنع : ٦٥/٢ .
فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه ، مطعوماً كان أو غير مطعوم كالحبوب والنورة ، والقطن والحديد ونحو ذلك .
ولايجري في مطعوم لايكال ولايوزن كالمعدودات .

(١) رواه مسلم في صحيحه : ١٣/١١ ، مع النووي ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً
والنسائي في سننه : ٧/ ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، باب بيع الشعير بالشعير .
وابن ماجة في سننه : ٧٥٧/٢ ، ٧٥٨ ، باب الصرف ومالايجوز متفاضلا يداً بيد
والدارمي في سننه : ٢٥٩/٢ ، باب في النهي عن الصرف .
والترمذي في سننه: ٢٤/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل
والدارقطني في سننه : ٢٤/٣ .
والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٤ .

(٢) معمر بن عبد الله بن نافع بن نضلة العدوي وهو ابن ابي معمر ، صحابي كبير من مهاجرة الحبشة ، روي له مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه . انظر التقريب : ص ٣٤٤ .

(٣) رواه مسلم في صحيحه : ١١/ ٢٠ مع النووي ، باب بيع الطعام مثلاً بمثل .

وفي الخبر الثاني دليل على أن الطعم هو العلة ، لأنه عليه السلام ذكر اسم الطعام في هذا الحكم وهو اسم مشتق من الطعم فيصير الطعم علة في الحكم المذكور مثل قوله تعالى ﴿ الزَّانِيَةُ والزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ .... ﴾[١] يكون الزنا علة .

وكذلك قوله تعالى ﴿ والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أيديَهُما .... ﴾[٢] تكون السرقة علة هكذا قاله الأصحاب .

والسؤال عليه قالوا : لم قلتم : أن الطعم يكون علة بذكر الطعام وأيش الدليل عليه؟ والشئ لايصير علة للحكم إلا بدليل يدل عليه .

قالوا : والأسامي قد تكون مشتقة ، وقد تكون غير مشتقة ، والمراد من ذكر الاسم هو المسمى بذلك الاسم وقد صار مذكوراً وعرف حكمه . فان الخبر ما ورد إلا لبيان الحكم لأن قوله ((لاتبيعوا)) لفظ بيان الحكم فاما العلة فلها لفظ آخر وهو قوله " أن " أو " لأن " أو " بأن مثل قوله عليه السلام في الهرة (انها من الطوافين عليكم والطوافات)[٣] .

(=) وأحمد في مسنده : ٦/ ٤٠٠ .

والدارقطني في سننه : ٣/ ٢٤ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/ ٣ .

(١) سورة النور آية (٢)

(٢) سورة المائدة آية (٣٨)

(٣) رواه الدارقطني في سننه : ١/ ٧٠ .

وقال تعالى في الخمر ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ ﴾ [١] وأمثال هذا يكثر .

وأما آية الزنا والسرقة فلم يصر الزنا والسرقة علة بذكر الزاني والسارق ، أو لأنه اسم مشتق انما صار علة بدليل آخر ، وهذا لأن العلة لاتكون علة إلا بوجود التأثير ، وقد وجدنا التأثير في الزنا والسرقة لايجاب العقوبة ، والجناية مخيلة في ايجاب العقوبة فبيّنوا تأثير الطعم في مسألتنا أن كان يعجبكم التعليل به ليكون علة ، فأما مجرد ذكره أو كونه اسماً مشتقاً فلا يدل انه علة، ألا ترى أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان)[٢] ولايصير الطعم علة ، ونهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة [٣] ولم تصر الحيوانية علة .

الجواب :

ان وجه الإستدلال بالخبر في أن الطعم علة ليس علي ماظننتموه ، ولكن وجه ذلك أن طلب الفوائد بالنصوص واجب وكل فائدة يمكن استخراجهامن لفظ من

---

(١) سورة المائدة آية (٩١) .

(٢) رواه الدارقطني في سننه : ٨/٣ .
والبيهقي في سننه : ٣١٦/٥ .
وابن ابي شيبة في مصنفه : ١٩٧/٧ .
وابن عدي في الكامل : ٨٨٦/٣ .

(٣) رواه ابو داود في سننه :٦٥٢/٣ مع المعالم ، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة .
والنسائي في سننه : ٢٥٧/٧ ، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

ألفاظ الشارع فانه يجب استخراجها . وهذا لأنه عليه السلام بين بعض الأشياء بالتصريح وبعض الأشياء بالإشارة والتنبيه والكل فوائد الخطاب ، وكما أن الحكم فائدة الخطاب فكذلك علة الحكم فائدة الخطاب ، وإذا ثبت هذا الأصل فنقول : أن النبي ﷺ ذكر الطعام في هذا الحكم وخصّه فينبغي أن يكون لهذا الذكر فائدة ، ولافائدة لتخصيصه بالذكر سوى التنبيه على الطعام بالطعمية فانا إذا لم نجعل الطعم علة لغت فائدة تخصيص الطعام بالذكر .

يبينه : انه لما جرى الربا في الحنطة والشعير والجص والنورة على مازعموا والبعض مطعوم والبعض غير مطعوم فأيش بقى فائدة ذكر الطعام ؟ وهلا اقتصر على ذكر أسامي الاعلام من اسم البر والشعير وغيرهما .

فحين عدل في هذا الخبر من ذكر أسامي الأعلام الى ذكر اسم عام مشتق وهو اسم الطعام دل انه انما عدل لزيادة فائدة وهو أن يصير موضع الاشتقاق علة .

فإن قالوا : هذا كله تعلق بدليل الخطاب ، ودليل الخطاب عندنا ليس بحجة .

قلنا : عندنا هو حجة ، وانما جعلناه حجة لنحتج به ، فهو دليل في استثارة الأحكام ودليل في استثارة العلل ، والوجه ما تقدم بيانه .

وقد ذكرنا بابين من هذا في موضع آخر ، وجعلنا حرف الدليل وجود قوة الظن للسامع ولهذا جعلناه دليلاً في وزن القياس ولم نجعله دليلاً نصاً ، وتمام هذا في الأصول .

وأما ما تعلقوا به من الخبر في بيع الطعام وبيع الحيوان بالحيوان نسيئاً فإنّا لم نجعله علة لقيام الدليل على انه ليس بعلة ثم ندل من حيث التأثير في ان الطعم علة فنقول :

قد ذكرنا حكم النص والطعم معنى مؤثر في هذا الحكم ونعني " بالمعنى المؤثر " معنى يستخرج من أصل الشرع اذا عرض ذلك المعنى على أصول الشرع وقوانينه المعهودة يكون مخيلاً في الظنون ان الحكم بذلك المعنى هذا هو العلة المؤثرة في جميع المواضع فاعرفه فانه علق نفيس . واذا عرف هذا فنقول : في مسألتنا الحكم هو / تحريم بيع المطعوم بالمطعوم على ٨٥/أ ما سبق ذكره .

وبيان تأثير الطعم في هذا الحكم هو ان الطعم معنى في المحل يشعر بشرفه وعزته ، لأن الطعم قوام النفس الشريفة في العالم فيشرف الطعام بشرف ما جعل قواماً له ، والأشياء في العالم بعضها شريفة خطيرة وبعضها تافهة خسيسة ، وربما تكون التفاهة والعزة بالقدر ، وربما يكون بالجنس والطعام مما شرف جنساً ، واذا ثبت له الشرف والخطر بهذا الوجه فوجب ان يظهر أمره في الشرع وليس ذلك إلا المنع من بيعه على الإطلاق على ماتكون سائر الأموال وهذا لأن العقد ابتذال وامتهان فتحريمه يتضمن اظهار شرف المحل وخطره ، ولأنه لما كان القوام متعلقاً به حرم بيعه ليبقى مصونا مدخراً الى وقت الحاجة الى القوام .

ونظير هذا الأبضاع ، فإن الأصل فيها حرمة العقد ، لأن قوام النسل في العالم بمنافع الأبضاع، فجعل الأصل فيها الحرمة ليظهر شرفها وخطرها في الشرع لصيانتها عن الإبتذال والإمتهان كذلك هاهنا .

ويمكن التحرير فيقال : نوع عقد اختص جوازه من بين نظائره بزيادة شرطين. فوجب أن يكون معلولاً بوصفٍ في المحل يشعر بزيادة شرف وخطر له .

دليله : النكاح ، ونعني " بالشرطين في الأصل " الولي والشهود ، وفي الفرع المساواة كيلاً بكيل، ويداً بيد ، وعلى هذا الأصل عللنا جريان الربا في الذهب والفضة بالثمنية ان وصف الثمنية مشعر بشرف المحل فان الأثمان قوام الاموال على معنى ان المالية في الأشياء تعرف بالاثمان ، والأموال قوام العالم ، وربما يقال في المالية حياة هذه الأعيان والمالية بالأثمان وانما لم يعلل الربا بأصل المالية ، لأنه يؤدي الى حرج عظيم على الناس من حيث انه يصير أصل البيع محرماً ، ويصير باب طلب الفضل من البياعات مسدوداً إلاّ عند عارض من دليل خلاص، وهذا فيه ضرر عظيم على الناس، ولأن الإجماع انعقد على أن التعليل بالمالية باطل .

ومَنْ زعم من أصحابنا ان ابن الماجشون [1] علّل بالمالية فهو خطأ وقع في التعاليق ، واتبع بعضُ مَنْ لم يحكم أقاويل العلماء السواد فَنَقَلَه .

فأما مَنْ لم يعرف الإجماع والإختلاف وأقاويل العلماء فلم يعرف هذا القول أصلاً .

فثبت بما قلنا ان الطعم والثمنية علتان مؤثرتان في حكم النص وتبين ايضاً بهذا الأصل ان الجنس بانفراده ليس بعلة ، لأنه لايعرف له تأثير ، لأن اتحاد العوضين في جنسية الطعم لايعرف له تأثير زائد على أصل تأثير الطعم فبقى شرطاً

---

(١) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ابو مروان المدني الفقيه مفتي أهل المدينة صدوق له أغلاط في الحديث . من التاسعة وكان رفيق الشافعي ، مات سنة ٢١٣هـ

==

محضاً أو محلاً ، وعلى هذا نقول لايكون بانفراده علة في تحريم الربا بجهةٍ ما لابجهة التعدية ولا بجهة النسأ ، وأما التخلص عن هذا التحريم بوجود الكيل بالكيل واليد باليد فمحض نص ، ولم ينتصب لطلب علته وانما انتصب العلماء لطلب علة الربا .

والذي قلناه غاية الإمكان ، وهو طريق سديد قوي يمكن تمشيته وسنذكر وجه كلامهم على هذه الطريقة في حجتهم .

وحين تبين حكم النص وعلته ظهر جريان الربا في الحبات والحفنات وجريانه في الفواكه وسقوط جريانه في الجص والنورة ، وكذلك سقط جريانه في الحديد والرصاص وما يشبهه وأما الأصحاب تعلقوا في هذه المسائل بوجوه ترد في ترجيح علة الطعم على علة الكيل ، ولعلة تقع الإشارة الى بعضها في حجتهم ونذكر وجه كلامهم عليه .

ولستُ أرى في دلائل الترجيح معتمداً ، وانما ينبغي أن يكون الكلام في الدليل على صحة علم الطعم اما بدليل الخطاب أو بتأثير معنوي وليس وجه ذلك إلاّ ما سبق بيانه .

وانما يصار إلى الترجيح في علتين قد قام الدليل على صحتهما ، ولم يصح التعليل إلاّ باحدهما لمضادة في الحكم يقع عند الجمع بينهما ، فأما أن يصار الى الترجيح وبما وقع بعد الدليل على صحة العلة الطعم فهذا في غاية البعد .

(=) روى له النسائي وابن ماجه وأبو داود في مسند مالك . انظر التقريب : ص ٢١٩ .
قال ابن رشد في البداية :٢/١٣١ : الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر في ذلك المالية وقال : علة منع الربا انما هي حياطة الأموال يريد منع العين " اهـ .
ونسبه اليه الفخر الرازي في تفسيره : ٧/٩٤ ، وذكره ابن العربي المالكي في القبس : ٢/٧٧٩ .

وقد ظن بعضهم انه قد أصاب دليلاً معنوياً في صحة علة الطعم فقال : قد ثبت انتفاء ربا التفاضل في الجنسين اذا اختلفا ، ونحن نعلم ان جريان الكيل في الجنسين بمثابة جريانه في الجنس الواحد فاذا اختلف حكم الربا باختلاف الجنس والكيل لايختلف دل ذلك دلالة ظاهرة على ان المتبع في اثبات الربا في الجنس الواحد اتحاد العوض والمرعى في نفي الربا اختلاف العوض وهذا لائح لاخفاء به فيجب تعليل الربا بما هو الغرض في الجنس والمقصود ومعلوم ان البر لايُقْتنى ليكال ويوزن ، وانما يُقتنى ليؤكل ويطعم ، وهذا الكلام الذي قاله هذا القائل ليس بدليل معنوي على صحة علة الطعم انما هو إشارة / الى ترجيح ٨٥/ب علة الطعم لأن غاية كلامه ان الطعم معنى هو الغرض والمقصود من العين بل خُلقت العين لأجله ، والكيل ليس بمثابته بل هو مجرد معيار كالعدّ والذّرع ، ولكن من أين قال هذا القائل ان الطعم لما كان هو الغرض من العين وجب أن يكون هو العلة ؟ ولابد من اظهار تأثير له في الحكم الذي طلب له العلة على ما سبق في شرح التأثير ، فأما ان يكون خفي على هذا القائل الحكم الذي يطلب له العلة ، أو خفي عليه وجه التأثير .

{ والفقه صعب مرامه شديد مراسه لايعطي المقادة لكل أحد ولاينساق لكل طالب ولايلين في كل حديد بل لايذل جانبه إلاّ لمن أيّد بنور من الله في بصره وبصيرته ولطف منته في عقده وسريرته .

وعندي ان الفقه أولى بهذا النظم من النحو حيث قال قائلهم : [١]

---

(١) يروي هذا الرجز للحطيئة ، انظر : ديوانه ص ٢٩١ .
والأصل فيه التمدح بالشعر لا بالنحو .....
ففي الديوان : الشعر صعب .....

النحو صعب وطويل سلمه

اذا ارتقى فيه الذي لايعلمه

زلّ الى الحضيض منه قدمه } [١]

مضى هذا الكلام بما فيه ، وليس يتصور في بيان التأثير لعلة الطعم في حكم النص سوى الوجه الذي قلنا ، والله المعين على تمشيته بلطفه وتيسيره وقوته .

وأما حجتهم :

تعلقوا بقوله عليه السلام في رواية أبي سعيد الخدري (الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل) . [٢]

وفي الرواية الثانية معناه " مثل بمثل " ، فمعنى الأول بيعوا الحنطة مثلاً بمثل ، ومعنى الثاني بيع الحنطة مثل بمثل اي هو المشروع والجائز فدلت الروايتان ان حكم النص هو ايجاد التسوية بين البدلين كيلاً بكيل وعين بعين ، لأن معنى اليد باليد هو العين بالعين على ماسنذكر في مسألة التقابض .

قالوا : وأما الخبر الذي رويتم " لاتبيعوا البر بالبر " فهو على هذا المعنى أيضاً لأنه قد قال : " إلاّ مثلاً بمثل " فكأنه قال : بيعوا مثلاً بمثل ، وهذا قوله عليه السلام " لانكاح إلا بشهود " [٣] معناه انكحوا بشهودٍ .

---

(١) ما بين القوسين استشهد به السبكي في الطبقات ٥/ ٣٤٥ .

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١١/ ١٥ مع النووي ، باب الربا .

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية : " غريب بهذا اللفظ ، وفي الباب أحاديث : منها ما رواه ابن حبان عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ (لانكاح الا بولي وشاهدي عدل) ٣/ ١٦٧ .

وكذلك قوله ﴿ لاصلاة الا بطهور ﴾ [١] ، ﴿ ولاصلاة الا بقراءة ﴾ [٢] أي صلوا بطهارة وبقراءة فثبت ان حكم النص هو ما قدمنا .

وأما قوله عليه السلام (والفضل ربا) [٣] فمعنى الفضل هو الفضل في القدر لأنه بناه على ايجاب المماثلة كيلا ، والفضل المبتني على وجوب المماثلة كيلا لايتصور إلا الفضل من حيث الكيل . ووجه ابتنائه عليه : انه يظهر عند زوال المماثلة كيلاً ، وعند زوال المماثلة كيلا لايظهر إلاّ الفضل كيلا ، فثبت حكم النص على هذا الوجه .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان اسم الحنطة والبر يتناول القليل والكثير فوجب ان يجري الربا في الكل ، وذلك لأن الخبر مايتناول إلاّ الكثير ، لأنه قال مثلا بمثل ومعناه كيلاً بكيل فلايتصور ايجاب المماثلة كيلا إلاّ في مكيل ، والقليل ليس بمكيل ، لأن المكيل ما يدخل تحت الكيل ، والقليل لايدخل تحت الكيل ، فان الكيل أما ان يعتبر مشروعاً أو معهوداً في العرف وايهما اعتبرنا لا يتصور في القليل

وأما الكيل بالملحة وما يشبهها باطل ، لأنه ليس بمشروع ولامعهود بل هو سفه وعبث ولهذا لو باع بها مكايلة لايجوز، ولو اتلفه لايجب المثل بل تجب القيمة ، فصار الجملة عندهم : ان المكيل هو ما يدخل تحت المكيال

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ١٠٤/٤ مع النووي ، باب قراءة الفاتحة في كل ركعة .
وأحمد في المسند ٣٠٨/٢ ، ٤٤٣ . والبيهقي في سننه ١٩٣/٢ .
قال ابن حجر في التلخيص لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ ، نعم ، روى الترمذي من حديث ابن عمر : (لايقبل صلاة الا بطهور) وأصله في صحيح مسلم بلفظ لايقبل صلاة بغير طهور ....) ١٢٩/١

(٢) رواه مسلم في صحيحه : ١٠٤/٤ ، مع النووي ، باب قراءة الفاتحة في كل ركعة .
وأحمد في المسند : ٣٠٨/٢ ، ٤٤٣ ، والبيهقي في سننه : ١٩٣/٢ .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ .

المعهود أو المشروع أو يعرف له نسبة من المكيال المشروع أو المعهود .

يبينه : ان الخبر ورد في بيع الحنطة ، والحنطة ما صارت محلاً للبيع باسمها وصورتها فان محل البيع بالمالية ، والحبة والحبتان من الحنطة ليس بمال وان كان براً وحنطة ، ولهذا لايجب على مَنْ اتلفها شئ ولاتصح الدعوى فيها عند الحكام ولابيعها وتوجد ملقاة في الطريق لايرغب احد في أخذها مثل الكف من التراب والشربة من ماء النهر على شفير النهر ، فدل ان البر ليس بمال لعينه ، وانما يصير مالاً عند كثرته واجتماع الحبات الكثيرة منه ، والكثرة ليس لها حد معلوم فيراجع فيه الشرع وذلك بان يصير بحيث يدخل تحت المكيال الشرعي فظهر بما ذكرنا ان الخبر ماتناول القليل أصلاً .

قالوا : وأما قول مَنْ قال من أصحابكم ان قوله عليه السلام (لاتبيعوا البّر بالبّر) عام ، بلى ان لو اقتصر عليه ، فانما عند اتصال قوله (إلا مثلا بمثل) به تبين ان المراد ليس إلا المكيل منه . قالوا : وبهذا نعترض على قول من قال منكم : ان علة الكيل تخص اصلها فانه ليس كذلك ، لأن الأصل ماتناول إلاّ المكيل وهو الكثير على ما سبق . فتكون العلة حافظة لأصلها ، لا انها مضيعة أو مخصصة لأصلها .

قالوا : وتبين بما قلنا ان الأصل في الأشياء السته جواز / البيع ٨٦ / أ بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللّهُ البيْعَ ... ﴾ [1] ولأن هذا الخبر تضمن شرط زيادة على ما يعتبر في سائر المبياعات وهو وجوب المماثلة ثم اذا تماثلا جاز البيع لا

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٥) .

بعلة الكيل بل بأصل اباحة البيـــع .

واعترضوا بهذا على قول من قال من اصحابنا : ان الكيل علة في اباحة البيع ، فكيف يكون علة في تحريمه ؟ لانهم يقولون علة الاباحة عند المساواة ليس هو الكيل، بل انما جاز لأن الأصل جواز البيع في الأموال بقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [(١)] وبالسنة الواردة في ذلك .

واستدلوا : في انه لايجوز أن يكون الأصل هو حظر البيع في هذه الأموال لأنها أموال والأموال خلقت في الأصل لتكون بذلة ومهنة لبني آدم سواء كانت مطعومة أو غير مطعومة فكأن الأصل في الكل جواز التصرف من غير تفصيل ولاتخصيص، ولهذا المعنى صح البذل والإباحة في الكل ، وكذلك صح بيع المطعومات وشراءها بغير جنسها مثل مايجوز في سائر الأموال .

قالوا : وأما الأبضاع فمفارقة لمسألتنا ، لأن البضع جزء من الآدمي لم يخلق ليكون محلاً للعقود ومبتذلاً بالتحول والتملك . وانما جاز العقد على البضع لعارض دليل من حاجة الناس الى التوالد والتناسل فلما كان الأصل فيها الحرمة، وانما ابيح بعقد مخصوص بشرط مخصوص لم يحل لغيره .

وأما التعلق بشرف المحل في اثبات الحظرية فلايجوز ، لأن شرف المحل ان كان يدل على حظرية فينبغي ان يدل على حظرية البذل والإباحة لا على طريق العقد كالبضع على انكم جعلتم الشرف لما يتعلق به من القوام ، وهذا ان اشعر بشئ فانما يشعر بشدة الحاجة اليه وشدة الحاجة تدل على الإباحة ولاتدل على الحظر لأن البياعات انما شرعت للحاجات فاذا كثرت الحاجة فتكون المشروعية فيه أكثر وأظهر .

---

(١) سورة البقرة آية : (٢٧٥) .

وأما البضع فلم تكن الحرمة فيه لما قلتم من شرف المحل وانما كان بالوجه الذي قلنا ، فبطل ان يكون حكم النص ما قلتم بالوجه الذي ذكرنا وبقى ان يكون حكم النص هو ما قلنا والتعلق بالخبر فيه ظاهر على ما سبق ذكره .

وأما التعلق بالمعقول هو ان هذه الأشياء امثال متساوية قطعاً ، لأن الحنطة مثل الحنطة والشعير مثل الشعير .... الى آخره ، والفضل الخالي عن العوض حرام في البياعات ، لأن البيع لما شرع لطلب المال بعضو فإذا تعلق به وجوب فضل يخلو عن العوض فيكون ايجابه واثباته في البيع تغيير قضية البيع والبيع يفسد بتغيير قضيته .

ألا ترى انه لو شرط مثل هذا في سائر البيع بان قال : بعتك هذا العبد بهذه الجارية وهذا الثوب على أن لايكون بازاءه شئ من العبد فانه يفسد العقد ، فثبت ان الفضل الخالي عن العوض حرام .

واذا عرف هذا فنقول : " الشرع أوجب المماثلة في الأشياء السته لانها امثال متساوية وحرم الفضل الخالي عن العوض فأوجب المماثلة احترازاً عن الفضل الخالي عن العوض .

وبيان هذا : ان هذه الأشياء لما كانت امثالاً بنفسها وعينها وقعت المماثلة بينها بنفس المقابلة، واذا حصلت المماثلة بنفس المقابلة بيعاً ظهر الفضل الخالي عن العوض كالخيطين والخشبتين اذا قوبل احدهما بالآخر واحدهما اطول من صاحبه ظهر الفضل الخالي عن المقابل ، كذلك هاهنا يظهر الفضل الخالي عن العوض بالمقابلة بيعاً وصورة هذا وهو انه اذا باع صاعاً بصاعين صار الصاع بالصاع وجعل الصاع الثاني فضلاً لايقابله شئ من العوض فصار كما لو شرط في المسألة التي قدمنا ذكرها إلا ان هناك يحتاج الى الشرط بخلاف مسألتنا لأن تلك الأموال ليست بامثال متساوية وانما تعرف المماثلة بالقيمة والتقويم ساقط

في البيع ، لأن البيع يتناول عينا متقومة لا التقويم واذا سقط التقويم لم يظهر الفضل الخالي عن العوض إلا بالشرط ، وأما في مسألتنا فالأموال بنفسها امثال فيظهر الفضل الخالي عن العوض بنفس المقابلة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان فضل الجودة يوجد وهو خالٍ عن العوض على زعمكم هذا لايصح ، وذلك لأن فضل الجودة ساقط نصاً وحكماً .

أما النص : فقوله عليه السلام في بعض الأخبار " جيدها ورديئها سواء "[(١)]

ولأنه لو اشترى أو باع صاعاً جيداً بصاع رديئ جاز وسقط فضل الجودة ، وصار كالعدم .

والملخص من كلامهم : انه لما سقط فضل المالية من حيث الجودة بنص الشارع صارت المالية مقصورة على الذات ، وقد وُجدَ التساوي من حيث الذات في الصاع بالصاع فظهر الفضل الخالي عن العوض وهو الربا المحرم .

قالوا : وليس يختص عندنا بهذه الأموال بل في اي / موضع يوجد ٨٦/ب كان حراماً وتبين بهذا ان المحرم ليس هو الفضل المطلق ، لأن تحريم الفضل المطلق يؤدي الى تغيير وضع الشرع في البياعات فان الله تعالى أحل البيع لطلب الفضل فقال ﴿ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾[(٢)] فاذا حرمنا الفضل مطلقاً غيرنا وضع الشرع في البياعات .

يبينه : انه اذا لم يطلب الفضل يكون بيع الشئ بمثله عبثاً ولعباً . فثبت ان المحرم هو الفضل من حيث القدر لا الفضل المطلق ، ولهذا لم تحرم الجودة ، لأنه ليس بفضل من حيث القدر .

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : غريب ٣٧/٤ .

وقال ابن حجر في الدراية : لم أجده ، ومعناه يؤخذ من اطلاق حديث أبي سعيد . ١٥٦/٢ .

(٢) سورة الجمعة آية (١٠) .

قالوا : واذا ثبت هذه القواعد جئنا الى الكيل والجنس فنقول : الكيل هو المعنى المؤثر في حكم النص ، لأن حكم النص لما كان هو وجوب التسوية والكيل والجنس هما المؤثران في التسوية لأن بالكيل توجد المساواة قدراً وبالجنس توجد المساواة ذاتاً ومعنى فلايبقى بعد ذلك إلا الفضل من حيث الجودة وهو ساقط بالشرع واذا كان الكيل والجنس هما المؤثران صارا علتين .

وأما تحريم الفضل قالوا : علته هو الكيل مع الجنس بواسطة وجوب المماثلة مثل شراء القريب علة العتق بواسطة الملك ، كذلك الكيل مع الجنس علة تحريم الفضل بواسطة ايجاب المماثلة ، فان الكيل والجنس مؤثران في ايجاب المماثلة في الأموال التي هي اجناس متماثلة ثم ايجاب المماثلة مؤثر في تحريم الفضل على ما سبق بيانه .

فصح قولنا " ان الكيل والجنس مؤثران في تحريم الفضل بواسطة ايجاب المماثلة" . وظهر بهذا الأصل جريان الربا في الجص والنورة وما يشبهها لكونها امثالاً متساوية، ولأجل وجود الفضل الخالي عن العوض فيها وبالطريق الذي قلنا يظهر أيضا عدم جريانه في الفواكه والحبات والحفنات ، لانها ليست بامثال متساوية المالية ، ولأنه لم يدل الدليل على سقوط قيمة الجودة في هذه المحال بخلاف مسألتنا .

قالوا : وكذلك الكلام في الذهب والفضة وتعليلهما بالوزن ، لأن الوزن في الموزونات مثل الكيل في المكيلات، وسقط اعتبار الجودة أيضاً فيهما بالشرع ، وأيضاً لما أوجب الشرع ان يبيع مثلا بمثل ولايسقط اعتبار الجودة لم يتصور وجود البيع مثلا بمثل فيؤدي الى تكليف ما ليس في الوسع وهو باطل فسقط اعتبار كل فضل سوى القدر حتى لايؤدي الى هذه الخطة الشنعاء .

قالوا : وأما التعليل بالثمنية فباطل ، لأنها علة غير متعدية ، وشرط التعليل التعدي ، فان محل النص مستغنٍ عن التعليل بالنص فلم يكن التعليل إلاّ للتعدية فقط ودليلهم المعتمد ان غير المتعدية لايكون علة هو ان القياس حجة شرعية عملية لاعلمية فاذا لم يتعد لم يكن لها عمل ، والعلم لايحصل به أصلاً فيكون لغواً عبثاً من هذا الطريق .

قالوا : ولايجوز أن يكون عمله في حكم الأصل ، لأن الأصل مستغن عن التعليل بالنص ، وهذا لأن النص بنفسه كافٍ في اثبات هذا الحكم فكيف يشتغل بما فوق الكفاية ؟ ولايجوز التعليل لمعرفة المعنى ، لأن المعنى اذا لم يكن الحكم متمشياً عليه لايكون علة ، بل يكون حكمة ، والحكمة فائدة علمية لاعملية والعلم ساقط كما سبق ذكره .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المجتهد يطلق له الاجتهاد ولايدري انه يصيب علة متعدية أو غير متعدية ، يكون الكل علة صحيحة ، لأن هذا انما يكون حجة ان لو عرف ان المجتهد لايصيب إلاّ علة صحيحة ، فأما اذا كان يجوز آن يصيب علة صحيحة ، وأما اذا كان يجوز ان يصيب علة فاسدة فلادليل في هذا الكلام لانا نقول يجتهد فان أصاب علة متعدية فيكون قد أصاب علة صحيحة وان أصاب علة غير متعدية فيكون قد أصاب علة فاسدة فمثل هذه الحجة الرذلة انما تروج على الأغنام ولاتصدر إلاّ ممن ليس له علم ولا دراية إلاّ بظواهر المجادلات .

قالوا : وليس يدخل على علة الوزن الأواني المعدودة ، لأنه لم يوجد الوزن ولايجري الربا بعلة الوزن إلاّ بعدم وجود الوزن .

قالوا : واما خواتم الذهب التي تعدّ عداً والأواني من الذهب والفضة اذا كانت تعدّ ولاتوزن فانما جرى الربا فيها ، لأن من مذهبنا ان عمل علة الوزن أو

الكيل في الفروع، فأما في الأصل فيجري فيه الربا بالنص لا بالعلة ، والنص متناول للذهب والفضة فكل ما هو ذهب وفضة سواء كان يوزن أو لايوزن يجري فيه الربا .

قالوا : ويخرج على ما قلنا ان الجنس بانفراده يحرم النسأ ، لأنه قد قام الدليل ان عمل الجنس والكيل في حكم النص على وجه واحد ، وقد سبق شرح هذا ، ثم الكيل بانفراده يستقل بتحريم النسأ ، فكذلك الجنس وقد قال / ٨٧/ أ النبي عليه السلام ﴿ اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يداً بيد ﴾ [(١)] فأسقط ربا الفضل بسقوط احد وصفي العلة وهو الجنس وابقى ربا النسأ ببقاء الوصف الآخر ، فكذلك يسقط ربا الفضل بسقوط أحد الوصفين وهو الكيل ويبقى ربا النسأ ببقاء الوصف الآخر وهو الجنس ، وصار الفضل المحرم في هذه الصورة هو الفضل من حيث التقدير ، وهذا لأن ربا النسأ اهم من ربا النقد لإجماع الأمة فيه ، ولأن تعامل الناس به أكثر ، وأما التعامل بربا النقد يندر جداً فجاء المشرع فيه بمزيد احتياط ومبالغة فأجراه بوصف واحد ووقع الإكتفاء به عن الوصفين .

وحرفهم : ان المماثلة كيلا تسقط بالشرع فبقي وجوب المماثلة من وجهٍ وهو الغيبية ليقع الإحتراز عن الفضل الخالي عن العوض من وجهٍ وهو الفضل نقداً ، وكما ان في المسألة الأولى صارت المالية مقصورة على الذات، فكذلك هاهنا صارت المالية مردودة مقصورة على الغيبية ويظهر باعتباره الفضل ويحرم بالطريق الذي سبق ذكره .

قالوا : وأما اذا أسلم الموزون في الموزون لايجوز اذا كانا ثمنين أو مثمنين ، أما اذا كان احدهما ثمنا والآخر مثمناً انما جاز للإجماع فيكون ذهاباً إلى تخصيص العلة .

---

(١) قال ابن حجر في الدراية : " لم أجده بهذا اللفظ والذي وجدته في حديث عبادة بن الصامت في الأشياء الربوية : فإذا اختلفت هذه الاصناف بيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد : ٢/١٤٧ .

وقد قال بعضهم : بجوازه ، وانما يكون جوازه ، لأن احدهما ثمن والآخر مثمن ، والوزن في الثمن يخالف الوزن في المثمن ، لأنه يشبه الكيل ، ألا ترى أنه لو باع الدراهم موازنة يجوز التصرف فيها قبل اعادة الوزن بخلاف المكيلات .

ويدل عليه : أنه لو اسلم الدراهم بوزن كذا في حنطةٍ كذا بكيلٍ كذا فدفع إليه الدراهم، وقال : هي على وزن المسمى يجوز ان يصدقه ويتصرف فيه ولايعيد الوزن ، وبمثله لو ان المسلم إليه جاء بالحنطة وقال : هي على كيل كذا فصدقه ولم يعد الكيل لايجوز فثبت ان الوزن في الأثمان يشبه الكيل فصار كما لو أسلم موزوناً في مكيل فبهذا الطريق جوّزنا ، ولم يدل جوازه على ان الوزن ليس بعلة .

قالوا : وأما الهروي بالمروي جنسان مختلفان لاختلاف الصنعة ولو ثبت انهما جنس واحد فانما يجري الربا فيها .

هذا جملة كلامهم في هذه المسائل .

الجواب :

أما الخبر الذي تعلقوا به ، فنحن قائلون به ، لأنه يتضمن جواز البيع اذا وجدت المماثلة كيلا وهو بعض ما يتناوله الخبر الذي تعلقنا به ، ويجوز أن يقال ان خبر أبي سعيد الخدري تضمن جواز البيع عند المماثلة صريحاً وتضمن تحريم البيع عند عدم المماثلة ضمناً ، وهذا لأن مضمون الأخبار واحد لايختلف وقد تضمنت حكمين : أحدهما : التحريم عند مقابلة هذه الأشياء بعضها ببعض ، والآخر : الإباحة عند وجود شرطها وهو المماثلة كيلا .

(=) وقد روى حديث عبادة بهذا اللفظ مسلم في صحيحه : ١٤/١١ مع النووي ، باب الربا .

وقولهم " ان الخبر دل ان حكم النص وجوب المماثلة .

قلنا : هو بعض حكم النص وتمامه ماذكرنا .

وهذا لأن قوله عليه السلام ﴿ لاتبيعوا البُر بالبُر ﴾ [١] كلام تام معقول المعنى والمراد بقوله ﴿مثلاً بمثل ﴾ [٢] لايوجب تغييره إلاّ بقدر ما تدعوا الضرورة اليه وهو اثبات جواز العقد عند المماثلة .

فأما اسقاط حكم التحريم الذي تناوله أول الخبر فلا دليل على سقوطه وهو نظير قوله عليه السلام ﴿ لايحل دم امرئ مسلم إلاّ باحدى ثلاث .... ﴾ [٣] الخبر .

وقد تضمن الخبر شيئين تحريم دم المسلم على الاطلاق ثم تحليله على وجود احدى هذه الجنايات الثلاث ، وهذا الخبر مثل الخبر الذي رويناه سواء .

وأما قوله عليه السلام ﴿ لاصلاة إلاّ بقراءة ﴾ [٤] (ولا صلاة إلاّ بطهور) [٥] (ولانكاح إلاّ بشهود) [٦] فنحن لاننكر أن يكون مثل هذا الخبر يتناول

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) رواه البخاري في صحيحه :٢٠١/١٢ مع الفتح باب قول الله تعالى ((ان النفس بالنفس))

ومسلم في صحيحه :١٦٤/١١ مع النووي ، باب ما يباح به دم المسلم .

وانظر تخريجه : ٣١٩/١ من الاصطلام .

(٤) تقدم تخريجه

(٥) تقدم تخريجه

(٦) تقدم تخريجه

حكماً واحداً لقيام الدليل عليه، فأما اذا لم يقم الدليل عليه وامكن استفادة حكمين من الخبر على ما دل عليه ظاهره فلايترك له .

وأما الإستثناء المذكور فهو استثناء منقطع بمعنى " لكن " وهو مثل قوله تعالى

﴿ **لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْواً وَلاتَأْثِيماً # إلاَّ قِيلا سَلاماً سَلاماً** ﴾ [١] ،

وقوله تعالى ﴿.... **إلاَّ خطأ** ..... ﴾ [٢] .

فان قالوا : " هذا مجاز " .

قلنا : يعدل اليه حتى لايسقط معنى الخبر الذي عرفناه وفهمناه في أوله وابتدائه ولايبقى أيضا على عمومه في القليل والكثير واذا كان " إلاّ " لمعنى " لكن " لم يتغير الحكم الثابت بأول الخطاب به بل هو استئناف حكم آخر عند وجود المماثلة سوى ما سبق .

وأما قولهم " ان البر لم يصر محلاً للبيع باسمه وصورته " .

قلنا : البر مال قليله وكثيره ، وكيف لايكون مالاً ؟

وقد اختلف / العلماء في بيع الحفنات والحبّات منه ولايوجد هذا الإختلاف إلاّ بعد الإتفاق على كونه مالاً . ٨٧/ب

يبينه : ان الخبر تضمن ما يباع من البر على العموم وما يباع من البُرّ لايكون إلا مالاً فالخبر لم يتضمن إلا بُراً يباع قلّ أو كثر .

والعجب ان قائل هذا الكلام كيف خفي عليه هذا الذي قلناه مع ظهوره

---

(١) سورة الواقعة آية (٢٥ ، ٢٦) .

(٢) سورة النساء آية (٩٣) جزء من آية .

ووضوحه؟ وأقل ما يظن به كبوة الجواد وعثرته وهفوة العالم وزلته ·

وأعلم ان على هذا الطريق الذي قلناه لم يحتج إلى أن يدعى أن الحفنات والحبات مكيلة بل صار جملة الكلام ان أول الخبر تناول تحريماً على العموم في كل ما هو بر ، وأما التحليل المذكور في آخره تناول المكيل منه واستقام هذا لأن الاستثناء بمعنى استئناف كلام على وجه المجاز لا على الحقيقة ، الاستثناء .الذي هو استخراج بعض ماتناوله اللفظ الأول إلى هذا الموضع انتهى الكلام في الظواهر.

وأما الذي قالوا : انه لايجوز أن يكون الأصل في المطعوم تحريم البيع لانه مال.

قلنا : هو وان كان مالاً إلاّ ان المال والمال يجوز أن يختلف في الحكم ، والعبرة بما يدل عليه الدليل ، وهذا لأن الله تعالى خلق الأموال لمنافع بني آدم ، ونحن وان جعلنا الحظرية أصلاً في المطعومات لكن لم نغلق باب الإنتفاع بها ولانمنع التوصل اليها بوجوه كثيرة من شرائها بغير جنسها ، ومن الوصول اليها بوجه الهبات والعطايا والصدقات ، ولكن حظرنا البيع ليظهر حكم شرفه وخطره في الشرع ونقول على البذل والإباحة انه من جملة المعروف في الشرع فكيف يمنع منه ؟ وهذا لأن المعروف مأمور به فلايليق به المنع ·

وأما الأبضاع فانما منع فيها البذل والإباحة ولم تحل إلاّ بعقد واحد صيانة للأنساب عن المفاسد على ما عرف في غير هذا الموضع ·

وأما إذا باع المطعوم بغير جنسه فلا يكون مثل مالو باعه بجنسه لان بيعه بغير جنسه يدل على الغنية عنه وبيعه بجنسه يدل على الحاجة اليه ، فيجوز أن يكون الأصل هو الحظر عند الحاجة اليه ليبقى له مدخراً إلى وقت الحاجة ويباح بيعه بغير جنسه لاستغنائه عنه ، ويمكن ان يقال يباح شراؤه بغير جنسه لحاجته إليه ولايباح شراؤه بجنسه لعدم حاجته اليه ، فإن ألزموا علة القوت على

ماذكرنا من تعلق القوام به واظهار خطره وشرفه من هذا الوجه فليس يلزم ، لأن النص قد دل على بطلان علة القوت فانه عليه السلام نص على الملح ، وليس بقوت لأنه مطعوم .

وأما قولهم " ان تعلق القوام بالطعام يدل على شدة الحاجة اليه وشدة الحاجة تدل على الإباحة .

قلنا : هذا يدخل عليه فصل الابضاع ، وعلى ان هذا انما يلزم ان لو لم يفتح طريقاً للوصول اليه فأما مع وجود جهات كثيرة للوصول إلى المطعومات واندفاع الحاجة بها فليس يدخل على هذا الكلام .

وأما الجواب على الذي تعلقوا به من المعنى :-

فهو بناء على ان حكم النص هو ايجاب المماثلة ، وقد بينا انه ليس هذا هو حكم النص، انما حكم النص ما قدمنا ثم يقال لهم : الكلام في علة الربا وايجاب المماثلة لايكون ربا حتى يكون بيان علته كلاماً في علة الربا .

فإن قالوا : ان ايجاب المماثلة يؤدي إلى الربا فانه يظهر به الفضل الخالي عن العوض .

قلنا : حرمة الفضل الخالي عن العوض عندكم بناءً على وجوب التسوية والمماثلة وهو الأصل في حكم هذه النصوص على ما زعمتم ، فتكون هذه الأخبار واردة لبيان هذا الحكم اذا الأخبار وردت في بيان الربا باجماع الامة ، وايجاب المماثلة ليس بربا فيكون قد وضع في هذه الاخبار أصلاً يأباه الإجماع .

وعلى انا نقول الفضل الخالي عن العوض لايتصور في العقود أصلاً ، وكذلك وجود المماثلة بين المالين من كل وجه غير متصور أصلاً ، أما الأول فلأن العوض في العقود يجعل المتعاقدين فيهما اذا جعلا الصاع بالصاعين فأين خلو أحد

الصاعين من العوض؟، ولهذا عندهم ينعقد البيع على الصاع بالصاعين ويكون بيعاً فاسداً بوصفه لا بأصله على ما عرف من اصولهم ، وكذلك في الدرهم والدرهمين ، ولو خلا أحد الصاعين عن العوض لم يتصور انعقاد العقد عليه، ولايبقى لهم مع هذا متنفس أصلاً .

والدليل على ان المعتبر جعل المتعاقدين وجعلهما كذلك هاهنا .

وأما قولنا " ان المماثلة من كل وجه لايتصور : فان فضل المالية يوجد لاحدهما على الآخر وان قلّ ويتصور في فضل الجودة .

وقولهم : " ان الجودة ساقط الإعتبار " .

قلنا : المالية المتحققة كيف يسقط اعتبارها / ولو جاز أن يسقط ٨٨/ أ اعتبار هذا الفضل ويجعل كالعدم ، جاز أن يسقط اعتبار فضل القدر ويجعل كالعدم .

وأما الخبر فليس فيه أكثر من انه اذا تساويا كيلاً قلّ الفضل المحرم من قبل ويجوز أن يحرم شئ ثم يحل بسبب من قبل الشرع ، ويقال لهم أيضاً : ان سقط فضل الجودة لسقط نصا غير معقول المعنى فلا ينبغي أن يتعدى إلى الجص والنورة بل ينبغي أن يلزم محل النص ولايتعدى إلى غيره وهذا حرف معتمد ، وعلى ان الأصل الذي قالوه ينتقض بالعدديات المماثلة فانه لو باع منه اثنين بواحد فانه يجوز ، وهي أموال متماثلة بدليل انه لو أتلف بيضة أو جوزة لم يجب إلاّ المثل ولاينظر إلى الصغر والكبر فيلزم على هذا الفضل الخالي عن العوض الذي اعتمدوه فانه قد وجدها هنا ولم يحرم .

ثم يقال لهم هبّ ان حكم النص ما قلتم ، ومن أين لكم ان العلة هي الكيل مع الجنس؟ والذي قالوا : انهما يظهر المماثلة .

قلنا : اذا كـان الربا هو الفـضل الخـالي عن العـوض لاوجـود المـاثلة فـيكون الكيل والجنس علة علة الربا لا العلة ، وتسـمـيـة علة العلة علة مـجـاز ، ولأن الحـرمـة قـد تظهـر بالشئ ولاتكون علة للحـرمـة كـالأجل تظهـر به حـرمـة النسـأ ولايكون علة الحرمة هذا مجموع الكلام في أصل المسألة .

وأما الكلام على علة الأثمان فقد ذكرنا وجهه .

وقولهم : " أن غير المتعدية فلايكون علة " .

قلنا : العلة مـادل الدليل على صحتـهـا سواء تعدّت أو لا ، وانما التـعدي نافي الصحة والذي قالوا : ان علل الشرع عملية " .

قلنا : العمل قد وجد في الأصل " .

فإن قالوا : الحكم في الأصل لايثبت بالعلة .

قلنا : بل يثبت ، لأنه ما لم يثبت الحكم في الأصل بالعلة لايتصور تعديتها .

وقولهم : " ان العلة في الأصل مستغني عنها ".

قلنا : يجـوز أن يثـبـت الحكم بالكتـاب والسنة وان وقع الإسـتـغناء عن احدهمـا وكذا يـجوز لعلتين وان وقـعت الغنيـة باحدهمـا عن الأحرى ، كذا هاهنا جاز أن يثبت الحكم بالنص والعلة وان وقـعت الغنيـة بالنص عن العلة ثم نقـول التـعـدية لطلب الفائدة ، وقد حصلت الفائدة في مسألتنا بحصر الحكم في المنصوص عليه حتى لايلحق غيره به .

فإن قالوا : هذا يثبت بمجرد النص مع غير تعليل .

قلنا : هذا لايثـبـت ، لأن النص لايتـعـرض لما سـوى المنصـوص عليـه لابنفي ولا باثبـات فـاذا عللنا وكـانت العلة غـيـر منعـدمـة تعرضت العلة لما سوى المنصوص عليه بالنفي فأفاد من هذا الوجه ، وعلى هذا الأصل الذي قلنا يخرج الجواب عن

قولهم فيما احتجوا في مسألة الجنس بانفراده فان عمدتهم ان الجنس في التأثير بمنزلة الكيل ، وليس بشئ ، فإنه لايعرف تأثير إلاّ للطعم ، فأما الجنس فشرط محض وليس له تأثير ، وعلى انه يلزم على ما قالوه اسلام الدراهم في الزعفران فانه يجوز وان جمع من البدلين أحد وصفي علة الربا الفضل وهو الوزن .

وقولهم " انا نخص العلة بالإجماع " .

باطل، لأنه اعتراف بنقض العلة ، وذلك اعتراف بفساد العلة لأن الفاسد والمنتقض بمعنى واحد ولأن العلة انما تكون علة الحكم ، لأنها تفيد قوة الظن ، واذا وجدت العلة مع تخلف الحكم يذهب قوة الظن والعذر الآخر باطل ، لأن عندهم العلة أصل الوزن ، وأصل الوزن قد جمع البدلين سواء كان احدهما ثمناً والآخر مثمناً أو كانا ثمنين أو مثمنين .

وقولهم " ان الوزن في المثمنات يشبه الكيل " .

دعوى باطلة ، والمسألة التي قالوها على اصولهم .

وعندنا : لابد من اعادة الوزن كما لابد من اعادة الكيل .

وقال بعض أصحابنا [١] في هذه المسألة : ان الثياب والعبيد ليست بأموال الربا بدليل انه لايجري فيهما ربا الفضل فلا يجري فيه ربا النسأ ، وقال هذا القائل متى سقط ربا الفضل في محل لابد أن يسقط ربا النسأ ، لأن الفضل عيناً أفحش من الفضل نقداً فاذا لم يحرم أفحش الفضلين كيف يحرم أدناهما ؟ وزعم

---

(١) الشيرازي في نكته : ورقة ١٣٢/أ .

انه اذا اسلم الحنطة في الشعير انما لايجوز لوجوب التقابض لا لأنه محل الربا النسأ ، وهذا ليس بقوي ، لأنه يؤدي إلى ابطال ربا النسأ ورفضه وقد أجمعت الأمم على جريانه ، ويقال أيضاً اذا جاز ربا ترك القبض مع عدم جريان ربا الفضل، وكذلك جاز في ربا النسأ مثله والاعتماد على ما سبق ، والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

التقابض عندنا واجب اذا باع مال الربا بعضه ببعض وتركه ربا ويستوي في هذا الحكم الأثمان والمطعومات .[١]

وعندهم : لايجب التقابض في محلٍ ما .[٢]

وزعموا انه انما وجب في الأثمان اذا بيع بعضها / ببعض[٣]، لأن ٨٨/ب حكم الأثمان عندهم الدينيّة ، لأن بيع الدين بالدين لايجوز .

وصورته : اذا باع خمسة دراهم بنصف دينار فاذا قلنا انه لايتعين يؤدي إلى بيع الدين بالدين ، والنبي ﷺ نهى عن ذلك ولايتعين بالتعيين وانما يتعين بالقبض فشرط القبض ليكون العقدعين بعين، وزعموا ان ترك القبض لايكون ربابحال .

لنا :

السنة الثابتة عن النبي ﷺ وهو قوله ﴿ لاتبيعوا الذهب بالذهب . ﴾[٤]

---

(١) النكت :ورقة ١٣١/ب ، الأم ٣١/٣ ، شرح السنة للبغوي :٨/ ٦٠ ، معالم السنن ٣/ ٦٤٥ ، المهذب :١/ ٣٦١ ، تهذيب الاحكام :ورقة ١٠/أ ـ كتاب البيع ، وهو قول الحنابلة والمالكية .

انظر : المغني: ٦٣/٦ ، الاشراف للبغدادي ٢٥٦/١ ، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٦٤٠، ٦٤١ .

(٢) مختلف الرواية : ورقة ١٥٧/ب ، مختصر القدوري : ١/ ٢٧٥ .

(٣) مختصر القدوري :١/ ٢٧٥ ونصه " وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر قبضه وقبض عوضه في المجلس .... " اهـ .

(٤) تقدم تخريجه .

الى أخر الأشياء الثلاثة إلاّ مثلا بمثل يداً بيد ، فقوله (يداً بيد) نص في ايجاب التقابض .

فإن قالوا : المراد به عينا بعين .

قلنا : قد قال في الخبر(عينا بعين) [١] ، وقوله (يداً بيد) [٢] غيره في اللفظ والمعنى: قالوا : اليد عبارة عن الجارحة ، والجارحة بالجارحة لاتجب فصار المراد من الخبر ما تكون اليد آلة له ، واليد الة للقبض بمثل ما هي آلة التعيين فاستوى معنى القبض والتعيين في قوله (يداً بيد) من هذا الوجه فلم يكن احد المعنيين بأولى من الآخر .

قالوا : وأما قوله (عينا بعين) فهو تأكيد لقوله (يداً بيد) ، مثل قوله ﷺ مثلاً بمثل سواء بسواء " .

الجواب :

إن اليد باليد لايعرف منه في العرف والعادة إلاّ القبض بالقبض وهذا ظاهر لاخفاء به ، والحقيقة العرفية مرجوع اليها في المعاملات بدليل نقد البلد ويصير كما لو عين النقد كذلك هاهنا تصير الحقيقة العرفية هي المعتبرة والمحكّمة في الباب فصار كما لو قال قبضاً بقبض ، ولأن القبض يختص باليد ، فاما التعيين لايختص باليد فانه قد يكون بالإشارة باليد ، وقد يكون بالتسمية باللسان ، فإن قول القائل "هذا " تعيين نصاً وصريحاً،وليس في القول ما يكون قبضاً بحال

وأما المعنى نقول :

ترك التقابض ربا ، لأن الربا عبارة عن الفضل وهو الفضل المطلق على ما سبق

---

(١)، (٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٤ .

ذكره ، والفضل قد يكون من وجوه كثيرة فقد يكون قدراً في الصاع بالصاعين ، ويكون نقداً بالعين في النسأ ، ويكون أيضاً قبضاً بالمقبوض على غير المقبوض، وكما ان الزيادة العينية وزيادة القدر مطلوبة، كذلك زيادة القبض مطلوبة بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية ، لأن الأعيان انما تطلب ليتوصل اليها بالأيدي ، ولأن اليد تقصد بنفسها في كثير من العقود على ما عرف في المسائل والعينية لاتقصد بنفسها بحال واذا ثبت انه ربا فيحرم في جميع أموال الربا والأثمان والمطعومات كلها من أموال الربا فوجب التقابض في الكل نفياً للربا على العقد .

فإن قيل : انما يتصور الفضل من حيث اليد ان لو أوجبنا القبض في أحدهما وأخرناه دون الآخر حتى يكون مثل العين بالدين فأما اذا سوّينا بين العوضين في القبض ايجاباً واستحقاقاً ومكان استحقاق وزمان استحقاق فلايتحقق الفضل .

قلنا : يتحقق ، لأنه اذا لم يجب التقابض يجوز أن يقبض أحدهما احد العوضين ويتأخر قبض العوض الآخر بعارض فيوجد الفضل ، واذا وجب التقابض وقع الأمن عن مثل هذا والإحتراز عما هو ربا واجب ، وانما يقع الإحتراز بهذا .

وأما حجتهم :

قالوا : القبض لايصلح واجباً في مسألتنا ، لأنه لو وجب انما وجب ليكون شرطا لصحة العقد ولايصلح شرطا لصحة العقد ، لأن القبض حكم العقد ، وحكم العقد يتراخي عن العقد ، وشرط العقد يقترن بالعقد ، وما يتراخى عن العقد لايتصور شرطه مقترنا بالعقد ليصح به العقد .

قالوا : ولأن الربا عبارة عن الزيادة ، ولازيادة للمقبوض على غير المقبوض

بدليل ان في عادة التجار لايبذل بازاءه عوض والزيادة ما تبذل بازاءها زيادة ، وبهذا فارق الفضل من حيث القدر ومن حيث المعنى ، ولايلزمه الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، لأن التقابض انما وجب في هذه الصورة ليكون عينا بعين على ما سبق بيانه ، وهذا لأنه اذا لم يتقابضا يبقى الذهب بالذهب والفضة بالفضة دينا بدين ، وذلك حرام بنهي الشارع .

قالوا : وليس كما لو باع الحلي بعضه ببعض ، لأنه وان تعين إلاّ ان عامة البياعات انما توجد بين العوام فهم لايعرفون ما يتعين مما لايتعين فلو ألزمناهم التفضيل وقعوا في حرج عظيم فالشرع نقل ايجاب التقابض للتعيين من الأثمان إلى اسم الذهب والفضة دفعاً للحرج ، ونظير هذا انكم عللتم الربا بالذهب والفضة بالثمنية ثم اجريتموه في الحلي بالحلى جريا على ما قلنا كذا هاهنا .

قالوا : / وليس كما لو قبض أحد البدلين في الأثمان حيث يجب ٨٩/أ قبض البدل الآخر ، وإن زال الدين بالدين ، لأن عندنا انما وجب قبض البدلين تسوية بين العوضين ، ومن قضية المعاوضة التسوية .

وبعضهم قال : وجب احترازاً من الربا لأن العين خير من الدين وأزيد منه في المالية .

وقد قال بعض العلماء : ان الدين ليس بمال ما لم يقبض فان لم نقل بهذا فلا أقل من أن نقول ان العين أكثر مالية من الدين ، واذا كان أكثر مالية فتحقق الفضل الذي هو ربا .

وأما في مسألتنا لايتحقق فضل هو ربا بحال ، وتحريرهم باع عيناً بعين فلايجب فيها التقابض كثوب بثوب .

الجواب :

قولهم : " ان القبض لايصلح شرطاً لصحة العقد " .

قلنا : يصلح على ما سبق ذكره ويصير التقابض الموجود في المجلس كالموجود مقترناً بالعقد ورخص في التأخير دفعاً للحرج عن الناس ، ولأن زمان المجلس بمنزلة زمان العقد في كثير من الأحكام .

قولهم : " ان القبض يوجب العقد " .

قلنا : يدخل عليه التعيين في الدراهم ثم نقول موجب العقد قبض مطلق وجب ليتوصل به إلى المعقود عليه ، فأما القبض الذي يجب في المجلس لنفي الربا فلا يصلح إلاّ شرطاً لصحة العقد .

قولهم : " ان المقبوض ليس له فضل على غيره " .

قد سبق الجواب عنه ولايعتبر بعرف التجار بعد ان عرفنا الزيادة محسوساً ومسموعاً ومشروعاً والذي اعتذروا به عن الأثمان ليس بشئ ويبطل بالحلي بالحلي .

والذي قالوه انه لدفع الحرج عن العوام .

قلنا : كيف هذا ؟ وقد قلتم بتعين الحلي وعدم تعين الأثمان ، وعلى ان جهل العوام ليس بعذر في محل ما ، ويلزمهم اذا قبض أحد البدلين .

قولهم : " وجب التسوية " .

قلنا : ينبغي اذا رضى المتعاقدان يجوز ، لأن وجوب التسوية يكون لحق المتعاقدين ويبطل بما لو باع دراهما بفلوس وقبض أحد البدلين يجوز مع فقدان التسوية .

وقد ذهب بعض مشايخنا : إلى ايجاب التقابض لنفي الغرر ، ولم أر الإعتماد عليه ، لأن العقد عندنا يبطل لأجل الربا ، لا لأجل الغرر ، والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

بيع الرطب بالتمر لايجوز بحال ، وهو قول أكثر أهل العلم .[١]

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يجوز اذا تماثلا كيلاً بكيل .[٢]

لنا :

ما روى مالك عن عبد الله[٣] بن يزيد عن زيد[٤] بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر ، وقال : انه ينقص إذا جف "[٥]

---

(١) وهو قول الصاحبين قال ابن عبد البر : جمهور علماء المسلمين على ان بيع الرطب بالتمر لايجوز بحال من الاحوال ، الام :٣/ ١٥ ، المهذب :١/ ٣٦٤ ، النكت ورقه ١٣٣/ب ، المغني : ٦/ ٦٧ ، مختلف الرواية ورقه ١٤٤/ب .
الاشراف للبغدادي : ١/ ٢٥٩ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٢٨٠ ، الكافي في فقه أهل المدينة :٢/ ٦٤٨ ، شرح معاني الآثار :٤/ ٦ ، المنتقى للباجي : ٤/ ٢٤٣ ، تكملة المجموع : ١٠/ ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، للسبكي .

(٢) الاسرار ورقه ٢/ ٧٩/أ ، مختصر الطحاوي: ٧٧ ، المبسوط :١٢/ ١٨٤ ، مختلف الرواية : ورقة ١٤٤/ب ، فتح القدير ٧/ ٢٧ ، رؤوس المسائل ص ٢٨٤ ، شرح معاني الآثار : ٤/ ٦ .

(٣) عبد الله بن يزيد المخزومي المدني المقرئ الأعور مولى الاسود بن سفيان من شيوخ مالك ثقة من السادسة مات سنة ١٤٨هـ . روى له أصحاب الكتب الستة . انظر التقريب : ص ١٩٤ .

(٤) زيد ابو عياش هو ابن عياش روى له اصحاب السنن ،وثقه الدارقطني وجهله ابن عبد البر وابو حنيفة وابن حزم .
تهذيب التهذيب ٣/ ٤٢٤ ، التقريب : ص ١١٤ .

(٥) رواه مالك في الموطأ ٤/ ٢٤٢ مع المنتقى ، باب ما يكره من بيع التمر . ==

وفي رواية " انه ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : أو ينقص الرطب اذا جف ؟ قالوا : نعم ، قال : فلا اذاً ."[1]

والخبر نص ، وهو معتمد .

وأما بيان حقيقة المسألة : هي ان المماثلة لم توجد بين الرطب والتمر وصحة العقد مبنية على وجود المماثلة ، والدليل على فوات المماثلة ان للتمر حالتان : حال الرطوبة وحالة الجفاف ، والمماثلة تعتبر في حالة الجفاف . لأنه اعدل حالتي التمر ، وأعدل حالتي الشئ أولى حالتيه باعتبار المماثلة فيها بدليل النص والحكم والمعقول : ـ أما النص فهو ماذكرنا .

(=) والدارقطني في سننه :٣/٤٩ ، ٥٠ .

والترمذي في سننه :٥/٢٣٣ ، مع العارضة ، باب ما جاء في النهي عن المحافلة .

وأبو داود في سننه : ٣/٦٥٤ ـ ٦٥٧ مع المعالم ، باب بيع التمر بالتمر .

وابن ماجه في سننه : ٢/٧٦١ رقم الحديث ٢٢٦٤ .

والنسائي في سننه : ٧/٢٣٦ باب اشتراء الرطب بالتمر .

والشافعي في كتاب الام : ٣/١٥ .

والحاكم في المستدرك :٢ /٣٨ ، ٣٩ ، وقال : " هذا حديث صحيح لاجماع ائمة النقل على امامة مالك ابن أنس وانه محكم في كل ما يرويه من الحديث اذ لم يوجد في رواياته إلاّ الصحيح خصوصاً في حديث اهل المدينة ثم لمتابعة هؤلاء الائمة اياه في روايته عبد الله بن يزيد ، والشيخان لم يخرجاه لماخشياه من جهالة زيد أبي عياش " اهـ .

(١) رواها الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٤/٦ .

والدارقطني في سننه : ٣/٥٠ .

والحاكم في المستدرك : ٢/٣٨ .

==

أما الحكم : فلأنه لو باع الحنطة بالدقيق متماثلاً لايجوز متماثلين لأن للحنطة حالتان: حالة اجتماع اجزائها ، وحالة تفرقها فاعتبرت المماثلة في حالة اجتماع اجزائها ، لأنها أعدل حالتيها ، وكذا بيع المقلية بغير المقلية متماثلاً لايجوز بناء على هذا الأصل .

وأما المعقول : وهو بيان حرف المسألة ، فلأنا بينا ان الأصل في أموال الربا حرمة العقد ، وانما جاز العقد على التماثل على وجه انه مخلص عن الحظرية فيكون على طريق الرخصة ، لأن حقيقة الرخصة اباحة عارضة مع قيام الدليل الحاظر ، واباحة العقد في أموال الربا عند المماثلة من هذا القبيل ، لأن المحرم هو الطعم ، وقد جازالعقد عند وجود المماثلة مع قيام صفة الطعمية فدل ان الجواز رخصة ، والرخص تتبع الحاجات فقد جاز البيع متماثلاً لأجل الحاجة وما رخص فيه لأجل الحاجة تعتبر فيه كمال الحاجة ، كما أن ما رخص فيه لأجل الضرورة تعتبر فيه كمال الضرورة ، وكمال الحاجة توجد عند الجفاف ، فأما في حال الرطوبة فلاتكمل الحاجة ، وإنما قلنا ذلك ، لأن الحاجات إلى الأعيان لمنافعها فيكون توفر الحاجات بتوفر المنافع وكمالها بكمالها، وحال كمال المنافع وتوفرها حال الجفاف ، لأنه يوجد فيها كل المنافع المطلوبة / من التمور . ٨٩/ب

وأما في حال الرطوبة توجد بعض المنافع دون بعض ، وهذا ظاهر ، لايحتاج إلى شرح وبيان ،ومثال ما قلناه هو الحنطة بالدقيق والمقلية بغير المقلية على السواء

(=) قال الشيرازي في النكت : " ذكره ابن خزيمة في مختصر المختصر الذي يقبل فيه العدل عن العدل ، وقال الدارقطني : هذا حديث صحيح .... " اهـ ورقة ١٣٣/أ .

ولايعرف معنى يصلح للاعتماد عليه في منع بيع الحنطة بالدقيق سوى هذا فصار مسألتنا نظيره ، ومثاله في الشرع وتتبعه مسألتنا في حكمه .

أما حجتهم :

تعلقوا بقوله ﷺ ﴿ التمر بالتمر مثلا بمثل ﴾ [١]

قالوا : والرطب تمر ، لأن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من أول بروزها وظهورها إلى أخر فنائها وانعدامها مثل الآدمي اسم للشخص المخلوق على الهيئة المخصوصة من أول انفصاله من الرحم إلى آخر فنائه ، وكل اسم كان على هذا الوجه يستمر على تبدل التارات والأحوال ولايختلف باختلافها مثل اسم الآدمي استمر على تبديل الأحوال من الشباب والكهولة والشيخوخة وغيرها ، كذلك هذا الاسم وهو اسم التمر يستمر مع تبديل الأحوال من حال بُسر إلى حال أذناب إلى حال أرطاب إلى حال جفاف قالوا : ولأن الربا جارٍ [٢] بين الرطب والتمر باجماع الأمة وانما جرى على انه تمر بتمر، ولو ذلك لم يجر [٣] الربا ، لأنه اذا لم يكن تمراً يخرج عن ظاهر قوله (التمر بالتمر) ويدخل في قوله ﷺ (فإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) [٤] ولهم دلائل كثيرة على أن الرطب تمر سوى ما بينا وما ذكرناه معنى وعليه الإعتماد .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) في المخطوط (جاري) والتصويب من المحقق .

(٣) في المخطوط (يجري) والتصويب من المحقق .

(٤) سبق تخريجه .

وإذا ثبت ان الرطب تمر نقول : باع التمر بالتمر مثلا فانه لاتتصور المماثلة بين الرطب والتمر إلا على الوجه في هذه الحالة ، فأما في حال الجفاف فلايكون مماثلة بين الرطب والتمر ، لأنه لارطب فكيف يوجد المماثلة بين الرطب والتمر ولا رطب ؟ لأن المماثلة شرط العقد ليصح العقد ، والشروط انما يعتبر عند العقد بدليل سائر الشرائط من الشهادة في النكاح وخلو المرأة عن العدة ، والقدرة على التسليم في البيع وغيره .

وحرفهم الذي يعتمدون عليه ويعدونه مشكلا : هو أن الرطب لما كان تمراً دخل في قوله ﷺ (التمر بالتمر مثلاً بمثل) [١] .

وقد بينا ان حكم النص هو إيجاب المماثلة عند ارادة البيع ، فالشرع أوجب المماثلة بين الرطب والتمر ، ولاتجب المماثلة إلاّ بعد الإمكان لئلا يؤدي إلى تكليف ما ليس في الوسع ، لأن تكليف ما ليس في وسع الإنسان ساقط عن العباد ، فدل خطاب إيجاب المماثلة على إمكان المماثلة ولا امكان ولاتصورّ سوى التماثل عند العقد ، فدل ان الخطاب يتناوله واقتضاه فانه اذا وجد جاز العقد .

قالوا : وأما الخبر الذي يروون فهو ضعيف في الإسناد [٢] على ما عرف ، ولم

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) يقولون " ان زيداً أبا عياش مجهول " الاسرار ٢/٧٩/ب .

قال الخطابي في معالم السنن : " وليس الأمر على ما توهمه ، وأبو عياش هذا مولى لبني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لايروي عن رجل متروك الحديث بوجه وهذا من شأن مالك وعادته معلوم " اهـ ٣/٦٥٧ . وقد سبقت ترجمته وتوثيق الدارقطني له.

يذكر في شئ من الكتب المذكورة على الوجه الذي رويتم .[١]

وان قلتم : انه مذكور في الموطأ ، فهو مذكور لا على الوجه الذي تروونه[٢] ثم قالوا: الخبرالذي روينا من خبر التواتر لأنه قبلته الأمة وعملوا بموجبه لأجله فيوجب العلم ، وخبركم خبر واحد لايوجب العلم وعمله تقييد هذا المطلق ، ومعنى التقييد هو تقييد المماثلة في التمر بالتمر في زمان الجفاف وتقييد المطلق زيادة على المطلق فيكون نسخاً على ما عرف من أصلنا ونسخ الحكم الثابت بالخبر المتواتر لايجوز بخبرالواحد.

قالوا : وأما بيع الحنطة بالدقيق انما لايجوز ، لأن المماثلة بين الحنطة والحنطة لم توجد، فإن الدقيق ليس بحنطة ، وأما الرطب تمر على ماسبق بيانه ، وانما جرى الربا في الدقيق ، لأنه أجزاء حنطة متفرقة فلما انه أجزاء الحنطة احتيط للربا وحكم بجريانه ، ثم اذا جرى أجرى ماكان ثابتاً وهو الربا بين الحنطة والحنطة فاعتبرت المماثلة بين الحنطة والحنطة ولم توجد ففسد من هذا الوجه ، ولايوجد مثل هذا في مسألتنا ، لأن الرطب تمر حقيقة .

وأما القاضي أبو زيد[٣] فانه قال في العذر عن الحنطة بالدقيق والمقلية بغير المقلية : ان التسوية ما وجبت عليها في هذه الحالة وانما وجبت قبل القلي وقبل الطحن باعتبار المعيار الذي يوجد في حال بقائه على أصل الخلقة وحين توجه الخطاب

---

(١) بل ، هو مروي على هذا الوجه عند الطحاوي في شرح معاني الاثار :٦/٤ ، والدارقطني في سننه :٣/ ٥٠ ، والحاكم في المستدرك :٣٨/٢ .

(٢) رواية الموطأ " يسأل عن اشتراء التمر بالرطب ، فقال : رسول الله ﷺ (أينقص الرطب اذا يبس ؟ فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك) الموطأ :٢٤٢/٤ ، مع المنتقى .

(٣) انظر الاسرار : ٢/ ٨٠/ب (مراد ملا) .

علينا يومئذ كانت التسوية في وسعنا ، ثم العبد بالقلي والطحن أبطل المعيار على نفسه فبقى في الواجب ويجوز أن يبقى على العبد واجب بتقصيره وجنايته على وجهٍ لايقدر أن يخرج منه : إما أن يجب على العبد ابتداءً على وجهٍ لا/يطيقه ولايوجد في وسعه فلا يجوز . ٩٠/أ

وربما عبروا عن هذا وقالوا : التسوية انما وجبت علينا لأن الله تعالى لما خلق هذه الأموال متساوية المالية قطعاً ويقينا تصور فيها فضل يخلو عن العوض فوجب التسوية احترازاً عن ذلك الفضل فلولا ان التمر والرطب متساوية المالية باعتبار هذا الكيل الموجود لما تصور فيها الفضل الخالي عن العوض حتى يجب الإحتراز عنه ، فإذا تساويا كيلاً اندفع الفضل الذي وجب الإحتراز عنه بخلاف المقيلة بغير المقيلة والحنطه مع الدقيق ، لأن الفضل فيه حرم في حال أصل الخلقة بكونه أمثالاً متساوية ، وذلك قبل القلي وقبل الطحن ، وكان الإحتراز عن الفضل يحصل بالكيل في تلك الحالة ، وقد أبطل ذلك الكيل على نفسه وما وجدت عن الكيل وهو بين الحنطة والدقيق لايعلم انه يحصل به الإحتراز عن ذلك الفضل أم لا ؟ فبقى في الحرمة لعدم المخلص .

وأما في مسألتنا انما حرم الفضل بناء على هذا الكيل الذي يوجد بين الرطب والتمر فاذا استويا كيلاً انعدم الفضل ثم الإحتراز فلم يبق لفساد العقد وجه .

قالوا : وأما المبلولة بغير المبلولة فيجوز ، لأنه بالبلّ أعادها إلى حالة الرطوبة التي خلقت عليها فصارت كأنها لم تحدث فيها صفة لم تكن ، فبقى الكيل مخلصاً .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان الرطب لاتنكسر في المكيال والتمر ينكسر فوجدت المفاضلة عيناً ، لأن الكسر غير معتبر بل المعتبر وجود ملء المكيال فحسب ، وقد وجد من الجانبين ، وعلى انه لما وجبت التسوية والمساواة بالمماثلة كيلا فلابد

ان يهدر الفضل الذي يوجد باعتبار الكسر لتتحقق المماثلة الواجبة في الشرع .
قالوا : وأما الحاجة التي قلتم فكيف يجوز أن يقال جاز بالحاجة ؟ ولا حاجة في بيع المثل بالمثل بحال ، وانما يجوز في هذه الصورة وأيّ حاجة يمكن تحقيقها في مثل هذا الموضع .

الجواب :

أما التعلق بالخبر فنحن نقول به ، لأنه وارد باثبات الحظر إلاّ عند المماثلة كيلاً، ونحن نقول به ، وليس في الخبر تعرض لزمان المماثلة فتعرض له دليل آخر : أما الخبر أو القياس ، وقد بينا ان التمر له حالتان وقد قام الدليل على تقييد المماثلة باحدى الحالتين ، وذلك إمّا بالخبر وان كان واحداً أو بالقياس على ما سبق .

وقولهم : " ان هذا الخبر يوجب العلم وذلك الخبر لايوجب العلم " .

قلنا : هبّ ان الخبر الذي رويتم متواتر موجب للعلم والعمل لكن لم يتعرض لما تعرض له بخبر الذي روينا فلايوجد بين الخبرين معارضة ، ومقابلة ، وانما أحد الخبرين ورد في شئ والآخر في شئ آخر وتضمن مجموعها ثبوت الحظر في الأصل إلاّ عند المماثلة كيلاً في زمان الجفاف .

وأما قولهم : " ان الرطب تمر " .

سلمنا لهم ومشينا الكلام .

وقولهم : ان الشرع أوجب التسوية فلابد من تصور وجود المساواة " .

قلنا : أوجب التسوية ليكون خلاصاً عن الحظر على العموم بل يجوز ان يكون الحظر على العموم لعموم العلة والخلاص في محل مخصوص لخصوص المخلص ، وليس هذا من باب تكليف ما ليس في الوسع ، لأن الحكم ليس هو إيجاب التسوية انما الحكم هو الحظرية على ما سبق وليس فيه تكليف شئ ثم جعل

التسوية بالكيل مخلصاً ، وقد قام الدليل على تقييده بزمان مخصوص ، فإذا لم يوجد في ذلك الزمان بقى داخلاً تحت الحظر الذي هو حكم النص ثم يلزم على جميع ما يقولون بيع الحنطة بالدقيق .

وقولهم : ليس بحنطة " .

قلنا : لا ، بل هو حنطة تفرقت أجزاؤها وانما بقى محلاً للربا بهذا الوجه .

وقولهم : " ان الربا يجري بجهة الاحتياط " .

قلنا : وأيّ إحتياط مع فقدان المحل ، وعلى انه اذا صار محلاً للربا بأصل الوضع أو بالاحتياط وجب انه اذا وجدت المماثلة في هذه الحالة اعني ـ الحنطة والدقيق ان يجوز ـ وهو أولى ، لأن أمر الاحتياط أخف من أمر الوضع الأصلي.

وأما عذر أبي زيد فهو بناء على أصله الذي قاله : ان حكم النص وجوب التسوية " .

وقد بينّا الكلام عليه ، ثم يقال هل استمر خطاب ايجاب التسوية بعد الطحن والقلي،؟ فإن قلتم : لم يستمر وجب أن لايكون محلاً للربا ، وإن قلتم : قد استمر الخطاب بايجاب التسوية فوجب ان يكون العبد متمكناً من تحصيلها وإلايؤدي ذلك إلى ما قلتم من تكليف العبد ما ليس في وسعه .

وقولهم / انه بفعله سد الباب على نفسه " . ٩٠/ب

قلنا : وجب ألايفسد ، لأن الأمر قبل الطحن وبعده واحد فوجب أن يكون التمكن من الامتثال على وجه واحد ، وهذا لأن الطحن والقلي مباح فلايجوز أن ينسدّ عليه باب الخلاص بفعل هو مباح ، نعم ، لو كان الفعل محظوراً لكان يتصور ، فأما مع الإباحة فلا .

وأما بيع الرطب بالرطب ففساده خارج على الأصل الذي ذكرناه عند التأمل والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

اذا باع مُدّ عجوة ودرهم بمديّ عجوة لم يجز عندنا مالم ينص على المدّ بالمدّ .[(١)]

وعندهم : يجوز المدّ بالمدّ باطلاق العقد .[(٢)]

وعلى هذا الخلاف اذا باع ديناراً ودرهماً بدينارين ودرهمين ، أو باع كرّ حنطة وكرّ شعير بكرّي حنطة أو كرّيّ شعير لايجوز عندنا ما لم ينص على وجه الصحة.[(٣)]

وعندهم : يجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس .[(٤)]

لنا :

الحديث الذي رويناه وهو قوله ﷺ ﴿ لاتبيعوا التمر بالتمر إلاّ مثلا بمثل ﴾[(٥)] فنهى النبي ﷺ عن بيع التمر بالتمر إلا مثلاً بمثل ، وقد باع التمر

---

(١) مختصر المزني : ١٤٥/٢ مع الام ، روضة الطالبين :٣٨٤/٣ ، الأم :١٧/٣ ، المنهاج ٢٨/٢ ، شرح السنة للبغوي ٦٧/٨ ، المهذب :٣٦٣/١ ، تكملة المجموع للسبكي ٢١١/١٠ ، ٢٢٢ ونص على نقل ذلك من المؤلف ، وهو قول الحنابلة قال ابن قدامة في المغني : نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدماء الاصحاب " اهـ ٩٢/٦.

(٢) بدائع الصنائع :٣١٢٤/٧ ، الاسرار :٨١/٢/ب مراد ملا .

(٣) مغني المحتاج :٢٨/٢ ، روضة الطالبين :٣٨٤/٣ ، شرح السنة للبغوي: ٦٦/٨ ، المغني : ٩٢/٦ ، المهذب :٣٦٣/١ ، تكملة المجموع للسبكي : ٢٢١/١٠ .

(٤) مختلف الرواية : ورقه ١٥٧/ب ، بدائع الصنائع : ٣١٢٤/٧ ، الاسرار :٨١/٢/ب (مراد ملا) .

(٥) سبق تخريجه .

بالتمر مثلا بمثل فكان على النهي الوارد في أول الخبر ، وقد باع لامثلاً بمثل ، وانما قلنا ذلك ، لأن بيع المثل بالمثل لايحتمل غير المثل بالمثل ، كما لو نص على المدّ بالمدّ وبيع المدّ والدرهم بالمدين يحتمل المثل بالمثل ويحتمل غيره ، لأنه يحتمل انه باع المدّ بالمدّ والثاني بالدرهم ، ويحتمل غير هذا بان يجعل المدّ بأكثر من المدّ أو أقل منه ، فدل انه ما باع المثل بالمثل .

يدل عليه : ان بيع المثل بالمثل انما يصح لبيعه المثل بالمثل فلما كان هو الفاعل لذلك صح بيعه ولن يكون فاعلاً لذلك إلا اذا نص عليه على وجه لايحتمل غيره فأما اذا اطلق هو اطلاقاً لم يحمل عليه من قبل الشرع فلا يكون هو بائعاً على الوجه الصحيح فبقى على الفساد ، وهذا طريقة في غاية الوضوح ، { وهو تخريج المسألة على الأصل الذي عرف لنا في مسائل الربا : وهو ان الأصل في البيع في هذه الأموال بعضها ببعض الحظرية إلاّ انه يتخلص من الحظر بالبيع على وجه مخصوص فإذا لم يوجد على ذلك الوجه يبقى محظوراً تمسكاً بالأصل} . (١)

فإن قالوا : ما قولكم " فيما اذا باع درهما جيداً ودرهما رديئاً بدرهمين جيدين أو رديئين ، وكذا في الحنطة والشعير ، وقد وجد المخلص حقيقة ، لأن العوضين من الجانبين قد تماثلا وزنا بوزن وكيلاً بكيل .

---

(١) ما بين القوسين ذكره السبكي في تكملة المجموع ١٠/٢٢١ ، نقلاً عن المؤلف .

والجواب :

إن فساد البيع في هذه الصورة بطريق آخر وانما الطريقة التي ذكرنا في الصور التي ذكرناها في ابتداء المسألة ، ويجوز أن تختلف علة الفساد عند إختلاف صور المسائل .

وذهب عامة الأصحاب في المسألة الى الطريقة التي أشار اليها الشافعي : وهي ان العقد اذا اشتمل على عوضين مختلفي القيمة في أحد الجانبين أو من الجانبين جميعاً لابد من التوزيع والقسمة [١] بطريق القيمة ليعرف بدل كل واحد من العوضين مما يقابله : دليله : الحكم والحقيقة : .

أما الحكم : فهو اذا باع شقصاً وسيفاً بألف درهم أو باع سيفاً وشقصاً بدابة وثوب ، فانه يجب معرفة بدل كل واحد مما يقابله من حيث التقويم " . [٢]

وأما الحقيقة : فلأن البيع مشتمل على حقوق متعددة معهودة من شفعة وردٍ بعيب ورجوع عند استحقاق وما أشبهه .

ولابد من معرفة بدل كل عوضين من العوضين المختلفين لأجل تلك الحقوق .

وطريق معرفة هذا البدل هو التقويم ، لأن العقد عقد مبادلة ومعاوضة مال بمال ، والمقصود طلب المال وابدال المال هي القيمة في الأصل وبها تعرف مقادير الأموال، فإذا وقعت الحاجة الى معرفة البدل وجب أن يتعين في معرفة بدله الطريق الذي وضع لمعرفة الأبدال ، وليس ذلك إلاّ ما قلنا واذا ثبت هذا الأصل فهذا أصل يعم جميع وجوه الخلاف ويتبين باعتباره اما وجود حقيقة التفاضل

(١ ، ٢) انظر : المهذب ١/٣٦٣ .

أو وجود الجهل بالتماثل ، والبيع يفسد بكل واحد منهما.

وأما حجتهم :

قالوا : وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة وفاسدة بحكم هذا العقد فيترجح الصحة على الفساد حملاً لأمر المسلم على الصلاح والسداد ، وهذا لأن عقله ودينه يردانه من الوجه الفاسد شرعاً الى الصحيح شرعاً فاذا كان كلامه يحتمل وجها صحيحاً ووجهاً فاسداً فوجب ان يحمل على الوجه الصحيح دون الفاسد، لأن الظاهر أنه قصد الصحيح دون الفاسد والظاهر / ٩١/أ دليل معهود في الشرع يجوز بناء الأحكام عليها ، ولهذا اذا باع بنقدٍ مطلق يحمل على نقد البلد تحريًا لجهة الصحة ، وكذلك اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يحمل على نصفه ليصح العقد .

{ وكذا اذا اشترى قلْبا وزنه عشرة بعشرة واشترى ثوباً بعشرة فنقد في مجلس العقد عشرة ثم افترقا حُمل المنقود على انه حصة القُلْب تحرّياً للواجب عليه في المجلس ليصح العقد }[1] .

قالوا : وانما قلنا وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة ومقابلة فاسدة " . لأن بيع المدّ والدرهم بالمدّين وبيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين يحتمل نوعي مقابلة أحدهما: على وجه الإنقسام من حيث التقويم كما قلتم .

والثاني : صرف الجنس الى غير الجنس ليتقابل الفرد بالفرد ، والأولى فاسدة ،

---

(١) مابين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/٧٩/ب مراد ملا .

والثانية صحيحة فرجحت الثانية لأنها صحيحة ، وكذا في مسألة مدّ العجوة وجدت مقابلة المدّ بالمدّ والمدّ الآخر بالدرهم وهي مقابلة صحيحة ووجدت مقابلة المدّ بأكثر منه أو أقل منه وهي فاسدة.

قالوا : ولايجوز أن يقال ان في مقابلة الفرد بالفرد على التعيين ترك العمل بنص كلامه ، لأنه في مسألة بيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين باع البدلين بالبدلين وفيما ذكرتم لايتحقق بيع البدلين بالبدلين بل هو بيع بدلٍ ببدل على طريق التعيين ، وهذا تَرْكَ المنصوص عليه وعمل بما لم ينص عليه لتصحيح كلامه ، ولايجوز أن يقال هذا لأنه ليس فيما ذكرناه ترك العمل بالنص فإن النص في كلامه مقابلة البدلين بالبدلين لاغير ، ولكن اذا قوبل الجمع بالجمع بتقابل الفرد بالفرد ضرورة كما يقال : لبس القوم ثيابهم وركب القوم دوابهم ، وكذلك اذا قال : اعط هؤلاء الفقراء عشرة دراهم وهم عشرة نفر كان أمراً بأن يعطي كل نفر درهماً ، فدل انه ليس فيما قلناه ترك العمل بنص كلامه فجاز المصير اليه واثباته لتصحيح عقده ، ثم قالوا : وهو مخلص كلامهم : ان الإنقسام على الأبعاض بطريق التقويم على ما قلتم ، والإنقسام بطريق التعيين على ما قلناه ما كانت بحكم نص كلامه بل بطريق الضرورة لأجل حقوق العقد واحكامه ، ولابد من المصير الى احدى المقابلتين ، وقد ترجحت احدهما على الآخر لأجل الصحة فيصار الى الراجحة ، وخرج على هذا مسألة الشقص والسيف بالدابة والثوب ، لأن المقابلة على التعيين لايمكن ، لأنه كما يصلح أن يجعل الشقص بازاء الدابة والثوب بإزاء السيف يصلح أن يجعل الشقص بازاء الثوب والسيف بازاء الدابة ولا دليل على ترجيح احدهما على الأخرى فسقطت المقابلة من حيث التعيين بهذا الوجه وبقيت المقابلة من حيث الأجزاء والأبعاض

فصارت هذه المسألة حجة عليكم ، لأنه انما صرنا الى القسمة على الأبعاض والأجزاء تصحيحاً للعقد ، لأنه تعذر تصحيحه على الوجه الآخر فهاهنا وجب أن يصار الى المقابلة على طريق التعيين لتصحيح العقد .

قالوا : ولايلزم الوكيل بالبيع اذا باع بيعاً فاسداً فانه يلزم الموكل مثل ما اذا باع صحيحاً ولايرجح الصحيح ، لأن الأمر بالبيع يتناول البيع بأصله ولايتناول البيع بأوصافه [١] ، فإن الآمر ساكت عن ذكر الوصف فاذا باع الوكيل بيعاً فاسداً أو صحيحاً يصير ممتثلاً للأمر بمباشرة أصل البيع بحقيقته ، ولابد ان يقع بأحد وصفيه إما الصحة وأما الفساد ، وقد تعارض الوصفان في الوجود فيرجح وصف الصحة على وصف الفساد كما قلنا .

قالوا : وليس يلزم اذا اشترى قُلبا وثوباً بعشرة ووزن القُلْب عشرة ثم باعهما مرابحة حيث يبطل العقد ولايجعل جميع الربح بازاء الثوب ليصح ، لأن في هذه المسألة وقع النص على الفساد حيث قال : بعتهما مرابحة على كذا فقد شرط الربح فيهما بنص كلامه فاذا جعلنا الربح مصروفاً الى أحدهما ابطلنا نص كلامه وفي مسألتنا لم ينص على الفساد وعلى هذا قالوا : اذا باع الدرهم بالدرهمين لم يجعل احدهما هبة ، لأنه يؤدي الى تغيير نص كلامه ، قالوا : ولايلزم اذا باع عبداً بألف ثم اشتراه قبل نقد الثمن مع عبد آخر بألفٍ وخمسمائة درهم وقيمتهما سواء فإن الألف ينقسم عليهما على السواء ويفسد العقد

---

(١) الاسرار : ٢/١٨٢/أ (مراد ملا) .

ولايصرف الألف [١] منه الى العقد الذي باعه حتى يصح العقد/ لأن ٩١/ب الكلام في مسألة يتعين فيها طريق الصحة ، وفي هذه المسألة طريق الصحة غير متعين ، لانا ان صرفنا الى العبد المشتري الف درهم يجوز، وان صرفنا ألف درهم يجوز ، وكذا كلما زاد ، فلما تعدد طريق الجواز وليس البعض بأولى من البعض فسد البيع لجهالة طريق الجواز، وفي مسألتنا جهة الصحة متعينة فصرف العقد اليها.

هذا جملة كلامهم تحقيقاً .

وقد عيّن بعضهم الكلام فيما اذا باع درهما جيداً أو رديئاً بدرهمين جيدين أو ردئين وكذلك في الدينار قال : وقد باع الدراهم بجنسها وزنا بوزن ، وكذلك في الدينار فوجب أن يجوز البيع .

يبينه : انه لو باع جيدين بردئين جاز ، وقلتم لو باع جيداً وردئياً بردئين أو جيدين لايجوز ، وهذا محض تحكم على الشرع .

يدل عليه : انه لو كانت الجودة معتبرة في الصورة الثانية لكانت معتبرة في الصورة الأولى ، لأنهما في المعنى واحد .

الجواب :

ليس لهم تعلق إلاّ بترجيح جهة الصحة ، ونحن نقول : ان الشارع عيّن جهة الصحة فلا صحة للعقد إلاّ بسلوك جهتها وتعيينها قولاً ، ولايوجد ذلك إلاّ بأن ينص على المدّ بالمدّ والدرهم بالدينارين أو الدينار بالدرهمين ، فإذا اطلقولم

---

(١) الأسرار : ورقة ٢/١٨٢/أ

ينص على هذا فلم يباشر العقد على جهة الصحة فوقع فاسداً .

فإن زعموا ان الشرع يحمل العقد على الصحة فنقول :

الشارع مكلف عبيده مباشرة العقد على هذه الجهة فأما ان يباشروا لا على هذه الجهة ثم ان الشرع يحمل عقودهم على هذه الجهة من قبل نفسه ، فمحال .

والحرف الموجز في هذا انهم ان قالوا : ان العاقد عقد على جهة الصحة " .

فبينوا وجهه ؟، فان قالوا : ان الشرع يرد العقد الى جهة الصحة وان لم يعقد هو " فبينــوا دليله ؟ فهم بين هاتين الخطتين العظمتين .

وقولهم " ان المسلم العاقل يقصد الجهة الصحيحة " .

قلنا : قد يقصد الصحيح بتقديم الدّين ، وقد يقصد الفاسد بتقديم الهوى وأهل الهوى أغلب وأكثر ، وعلى ان المعتاد أن مَنْ يقصد الجهة الصحيحة يعينها ويسميها ولايطلق اطلاقا ، وبهذا فارق مسألة نقد البلد ، لأن العادة هناك هو الإطلاق ، وهاهــنا العادة تعيين جهة الصحيحة ، والدليل على الفرق انه لو وكل ينصرف الى الصحيح والفاسد ، ولايتعين الصحيح بعرف الناس في جهة الصحة ، واذا وكّل بالبيع بألف يتعين نقد البلد بعرف الناس لهذا النقد ، وعلى ان مسألة النقد ليس نظير مسألتنا ، لأن الكلام في جهتين احديهما صحيحة والأخرى فاسدة ، وعند النص على إحدى الجهتين هل يتعين الصحيح منها ؟

وفي مسألة نقد البلد يصح العقد أيّ نقد عيّن ثم بالعرف يتعين نقد الواحد من بين سائر النقود مع ان تعيين الكل صحيح ، وليس هذا من مسألتنا في شئ .

وقد قالوا في مسألة الأرقية التي احترزوا عنها في طريقتهم انه لما كثرت وجوه الصحة في تلك المسألة ولم يكن تعين الجهات بأولى من البعض لم يتعين احدهما

وبطل العقد .

جواب آخر :

ان المقابلة التي صرنا اليها أولى بدليل ما ذكرنا في حجتنا ، ولأنهم صاروا الى المقابلة من حيث التعيين وهو تعين شئ في مقابلة شئ وهذه زيادة لايدل عليها اللفظ بحال .

وأما نحن فلم نصر الى تعيين شئ في المقابلة ولكن نقول : ان كل بدل من هذا الجانب يقابل جميع ما بازائه على وجه الشيوع ، وكذا البدل الذي معه ثم اذا قوبل على هذا الوجه لابد من التقويم ليعرف عوضه من الجانب الآخر فكان ما قلنا أقرب الى التمسك بظاهر قول المتعاقدين مما قالوه ، وفيه قول بطرح زيادة لايدل عليها مطلق العقد . وهذا جواب معتمد .

وأما الذي تعلقوا به خبراً من اعتبار بيع الجيد والردئ بالجيدين والردئين وقولهم " ان الاستواء وزناً قد حصل " نقول : قد دل الدليل على ان الصفقة اذا اشتمل أحد جانبيها على بدلين مختلفين في القيمة فصار الى القسمة من حيث التقويم ، واذ صرنا اليها يظهر الفضل كيلاً أو وزناً في أحد البدلين فالمحرم هو الفضل قدراً،لكن طريق اظهاره الإنقسام من حيث التقويم .وأما في بيع الجيدين بالردئين فلايظهر فضل من حيث القدر ، وإن صرنا الى تقويم البدلين ، لأن البدلين استويا في القيمة ومع الإستواء في القيمة لايتصور ظهور فضل بحال، وهذا لانا لانقابل بعض الردئين بجزء من / الجيدين إلاّ ويلزمنا أن ٩٢/أ نقابل الباقي من أجزاء الجيدين بمثل ماقابلنا به الجزء الأول لاستواء الكل في القيمة ولايوجد مثل هذا في الصورة الثانية فيظهر الفضل . والله أعلم .

« مسألة »

الدراهم والدنانير تتعين في العقود عندنا .[١]

وعندهم : لاتتعين .[٢]

لنــا :

ان موجب العقد في الاثمان هو موجبه في السلع ثم السلع تتعين في العقود كذا الأثمان .

فإن قالوا : ما موجب العقد فيهما " .

قلنا : ملك عين كانت مملوكة لغيره من قبل ، وان شئت قلت نقل الملك في عين مملوكة من مالك الى مالك .

فإن قالوا : هذا الموجب مسلم في السلع غير مسلم في الأثمان " .

قلنا : اذا كان هذا هو الموجب في أحد عوض العقد فليكن هو الموجب في العوض الثاني ، لأنه عوض بعوضٍ ، والعوضان في البيع على نهاية التقابل وعمل العقد فيهما على نهاية الإستواء عند النظر في الإعتبارات ، واعتبار المقابل بالمقابل في العقد الموجب للمقابلة في نهاية الصحة والقوة ثم التحقيق في المسألة انا نقول : ـ

---

(١) شرح السنة للبغوي : ١١٣/٨ ، تكملة المجموع للسبكي : ٨٥/١٠.
وهو قول زفر من أصحابهم ، وقول ابن القاسم من المالكية ، البدائع :٣٢٢٤/٧ ، الاشراف للبغدادي : ٢٧١/٢ .

(٢) بدائع الصنائع : ٣٢٢٤/٧ ، الاسرار : ١٢٦/٢/ب مراد ملا .
وهو الظاهر من مذهب المالكية ، انظر : الاشراف للبغدادي : ٢٧١/١.

الموجب ما بيّنا وهم يقولون الموجب ما قلتم في السلع ، فأما في الأثمان فموجب العقد فيها وجوب الثمن ابتداء في الذمة فنقول الدليل على ما قلنا : ان البيع حقيقته بيع شئ بشئ أو شراء شئ بشئ فكما لابد من شئ يباع لابد من شئ يشترى ليتحقق بيع شئ بشئ ولا شئ في الذمة حتى يشترى به ، دل أن حقيقة العقد هو الشراء بثمن موجود ، كما ان حقيقة البيع هو بيع مبيع موجود .

يدل عليه : ان موجب العقد ما يدل عليه لفظ العقد ، ولفظ العقد انما اقتضى وجود شئ من الجانبين على ما سبق بيانه ، والمعدوم ليس بشئ على ما عرف من مذهب أهل السنة فعرفنا ضرورة ان موجب العقد من الجانبين ما يدل عليه لفظ العقد وهو ملك في شئ موجود من قبل العقد لا ايجاد شئ لم يسبق له وجود .

وهذا حرف معتمد .

ونقول أيضاً : الدراهم والدنانير متعينة حسيا وملكاً ، وما تعيّن حساً وملكاً فيتعيّن عقداً ، وهذا لأن تعينهما عقداً إما أن يبتني على مشروع أو محسوس فان بنينا على المشروع فقد تعينت شرعاً من حيث الملك ، وبيان تعينها شرعاً امتيازها بملك مالكها عن سائر الأشياء حتى يكون أحق بها مثل ما يكون أحق بسائر الأعيان اذا ملكها واذا بنينا على المحسوس وقد تعينت أيضاً حساً وهذا معلوم لايحتاج الى البيان فعلى الوجهين لابد وان يتعين .

ويمكن أن يقال أيضاً ان الدراهم والدنانير محل قابل للتعيين ، والمشتري من أهل التعيين ، وفي التعيين فائدة : أما من قبل البائع فلان يملك عينها ، والملك في العين أكمل من الملك في الدين وليكون أحق بها من سائر الغرماء عند وقوع التشاجر ، وأما من قبل المشتري فلئلا يطالب من ذمته ان ورد عليها هلاك .

واذا تحقق ما ادعينا من الفائدة ووجد محلية التعيين وأهلية التعيين لابد من التعيين وانما والينا عن الحجج في هذه المسألة لظهورها وايضاحها فلم يجب أن

يخل بمثل هذه الدلائل الواضحة والبراهين النيرة ، وإلاّ فالفصل الأول كافٍ لامزيد عليه .

وأما حجتهم :

قالوا : موجب العقد في الثمن هو وجوبه ابتداءً في الذمة وربما يقولون وجوده بوجوبه ، فإذا عُيِّن فقد عيّن موجب العقد والعقد لايحتمل تغيير موجبه الا لضرورة ولا ضرورة في التعيين فلغا التعيين فيما يرجع الى ملك العين المشار اليها غير ان العقد لم يفسد ، لأنا جعلنا التعيين مجازاً عن ذكر الجنس والقدر واذا صار مستعملاً مجازاً عنه لم يبطل به العقد ، وجعل كأن التعيين هو الذي جعلناه مجازاً عنه .

وأما الدليل على ان موجب العقد في الثمن ما قلناه أجماعنا على انه اذا اطلق الثمن اطلاقاً جاز ووجب الثمن في الذمة ، ولو كان موجب العقد في الثمن هو ملك في عين لم يجز العقد في هذه الصورة لأنه لاعين .

يدل عليه : ان الإطلاق هو المتعارف عند عامة الناس في الأثمان فإن الانسان يترك التعيين في الثمن مع حضوره هو والمتعارف وفي عرف الناس وعقودهم بدل التعارف انه هو المشروع للناس في الأصل ، لأن المسلمين انما تعارفوا فيما بينهم ما شرع لهم وان وقع العدول عنها في بعض الأحايين لبعض الناس فلا يلتفت الى ذلك .

قالوا : وبهذا/ فارق السلع ، لأن المتعارف فيها هو التعيين ، ولايترك إلاّ لضرورة ٩٢/ب العدم ، وهاهنا مع الوجود والحضور يترك التعيين .

واستدلوا في ان ترك التعيين انما جاز في السلع لضرورة العدم بالخبر الوارد في

البـاب وهو ان النبي ﷺ نهى عن بيع مـا ليس عند الانسـان [١] ورخص فـي السلم [٢] والرخصـة اباحـة لنفس مـاتناوله النهي في مـوضع خـاص لنوع ضـرورة وحاجة مثل سائر الرخص في الشرع فعرف بهذاالخبر ان موجب العقد في السلع هو ملك في عين مملوكة ، وان وجـوب المبيع في الذمة سلماً رخصـة معدول بهـا عن الأصل لحاجة العدم ، ومثل هذا لم يرد في الأثمان .

وحرفهم : ان السلم شرع مشروع ابتداء لا باسم الرخصة من غير بناء على نهي متـقـدم ، قـالوا : والدليل على ان هذا الحكم في السلم رخصـة وضرورة شـرط قبض رأس المال ، وانما شرط قبض هذه الزيادة ليكون جبراً لما يحصل من العدم في المبيع .

ويدل عليه : ان المسلم فيه بقى على المبيعية حتى لم يجز الإستبدال به .

وأما الثمن فلا يصير مبيعاً بحال حتى يجوز الإستبدال به ، وإن منعتم فخبر ابن عمر نص في جوازه وهو قوله " كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ الدراهم مكان

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه :٢/٧٣٧ ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك .

وأبو داود في سننه : ٣/٧٦٩ مع المعالم ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده .

والنسائي في سننه : ٧/٢٥٤ ، باب بيع ما ليس عند البائع .

والترمذي في سننه :٥/٢٤١ مع العارضة ، باب ماجاء في كراهية بيع ما ليس عنده .

(٢) قال ابن حجر في الدراية : " لم أجده هكذا ، نعم هما حديثان احدهما : لاتبع ما ليس عندك .

ثانيهما : الرخصة في السلم ، ولم أره بهذا اللفظ ، الا أن القرطبي في شرح صحيح مسلم ذكره أيضاً :٢/١٥٩ .

وقال الزيلعي في نصب الراية : غريب بهذا اللفظ " اهـ : ٤/٤٥ .

الدنانير والدنانير مكان الدراهم فسألنا النبي ﷺ قال ﴿ لابأس اذا تفرقتما وليس بينكما شئ ﴾ [١]

قالوا : ولأن اللغة والشرع فرق بين المبيع والثمن اسماً ، والتمييز في الاسم يمنع من الجمع في الحكم ، واذا قلنا ان موجب العقد في الثمن هو موجب العقد في المبيع يكون الثمن هو المبيع ويبطل الميز الوارد بين الاسمين لغة وشرعاً ، وهذا حرف يعتمدون عليه .

ويقولون : لابد أن يكون بينهما مفارقة وعلى ما قلتم لامفارقة أصلاً وينبغي ان يعتني في الجواب عنه .

قالوا : وأما المكيل والموزون من الحنطة والشعير فانما تعينت بالتعيين { لأنا انما ادّعينا هذا الأصل في الأثمان المحضة ، وادعينا الأصل الثاني في السلع المحضة والمكيلات والموزونات المتماثلة أثمان من وجه سلع من وجه ، لأن حدّ الثمن ما يقوم بنفسه ويقوم به غيره ، وحدّ السلعة مالاتقوم بنفسها ولايقوم بها غيرها } [٢]

والحنطة والشعير تقوم ينفسها بدليل وجوب المثل باتلافها ولايقوم بها غيرها

---

(١) رواه ابو داود في سننه : ٣/ ٦٥٠ . ٦٥١ مع المعالم ،باب في اقتضاء الذهب من الورق والترمذي في سننه : ٥/ ٢٥١ مع العارضة ، باب ما جاء في الصرف .
والنسائي في سننه : ٧/ ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، باب بيع الفضه بالذهب وبيع الذهب بالفضة .
وابن ماجة في سننه :٢/ ٧٦٠ ، باب اقتضاء الذهب من الورق ، والورق من الذهب .
والدارقطني في سننه : ٣/ ٢٣ ، ٢٤ .

(٢) ما بين القوسين نقلا من الاسرار : ٢/ ١٢٨/أ (مراد ملا) .

فكانت ثمنا من وجه سلعة من وجه فلما انها ثمن من وجه قلنا اذا اطلق يجوز ويكون موجب العقد فيه ما هو الموجب في الأثمان ، ولما أنها سلعة من وجه قلنا اذا عيّن يتعين ويكون موجب العقد فيه ما هو الموجب في السلعة .

فأما ههنا الدراهم والدنانير أثمان محضة فلايتعين موجبها .

قالوا : ولايلزم النكاح على ثوب أو عبد مطلق حيث يجوز ، وان عيّن يتعين ، لأنا انما ادعينا هذا الأصل في البياعات التي تكون الأموال فيها أصولاً ، فأما المال في النكاح تبع ، ولهذا يجوز من غير تسمية المال فيجوز أن يخالف موجبه موجب البيع ولايلحق به ، وانما المعتبر ما يدل عليه الدليل في كل عقد .

قالوا : وأما الهبات والصدقات والغصوب فانما تعينت الدراهم والدنانير فيها ، لأن الأحكام فيها مبنية على القبوض ، والقبض يكون في عين ، ولهذا لايتصور إلاّ في عين ، وفي مسألتنا الأحكام مبنية على العقود ، والعقد قد يكون في عين ، وقد يكون في مال يملك في ذمته بالإيجاب له ، فنظرنا الى ما يدل عليه الدليل في اظهار موجب العقد .

قالوا : وأما الوكالة فلا تتعين الدراهم فيها حتى لو وكّله بأن يشتري بهذه الألف فاشترى بغيرها أو مطلقاً جاز وانما بطلت الوكالة عند هلاكها بمعنى آخر ، وهو انه لما عيّن الألف فقد قصد الى أن لايرجع اليه ، ولايرجع الا الى الألف فوجب تحصيل مقصوده بالوجه الي يمكن فقلنا تتوقف الوكالة ببقاء الألف حتى يحصل مقصوده فاذا هلك الألف انتهت الوكالة ، ومادامت الألف قائمة فالوكالة قائمة .

وقد قال ابو زيد في بعض مصنفاته : [١]

---

(١) في الاسرار ٢/١٣١/أ (مراد ملا) .

" ان الدراهم والدنانير ليست اموالاً بأعيانها ، لأن المال اسم لشئ غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، وليس في عين الدراهم والدنانير مصلحة لنا . ألا ترى انه لامنفعة في اعيانها بوجه ما إلا في زينة وتجمل هو تبع المقصود فصارت أموالاً لمعانيها ، وذلك المعنى هو الوصول بها الى غيرها فصارت ماليتها بالوصول بها الى غيرها ، وفي هذا المعنى الدراهم والدنانير كلها نقد واحد فلم يصح التعيين، لأن التعيين انما يصح بين / شيئين أو أشياء مختلفة فإذا صار معنى ٩٣/أ الوصول الى الأشياء هو المراد من الدراهم والدنانير في المعاوضات ، وهذا المعنى واحد في الكل فلغت الإشارة إلاّ من حيث تمييز نقد من نقد ، لأن المعاني تختلف باختلاف المعقود لا باختلاف الدراهم والدراهم". (١)

قالوا : وبهذا فارق السلع ، لأن المقصود منها أعيانها ، لأن نفس العين متنفع بها من كل شئ بأكله وبشربه وبلبسه وبسكنه والأعيان كثيرة مختلفة بذواتها يصح تمييز بعضها عن البعض بالإشارة والتعين .

قالوا : وهذا بخلاف التبرعات ، لأنه لايقصد بها معنى الوصول الى غيرها فسقط اعتبار المعنى وصارت العبرة للعين والأعيان كثيرة فصح التعيين .

قالوا : واذا ثبت ما قلناه من الطريقين سهل السؤال ، والإعتراض على ما قلتم لأن غاية معناكم ان البيع تمليك شئ بشئ .

قالوا : بلى ، ولكن تمليك شئ موجود بشئ يوجد بالعقد ، وقد قام عليه الدليل أو تمليك شئ هو مال لعينه بشئ ليس بمال لعينه أو هو معاوضة مختلف عينه قابل للتمييز والتعيين بمالايختلف عينه ولايقبل التمييز والتعيين .

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (الدنانير) .

الجواب :

انا قد بينا بدلائل في نهاية القوة ان موجب العقد في الثمن هو موجب العقد في المبيع ، وليس لهم دليل مفهوم معنوي في ان موجب العقد في الثمن غير ما قلناه الا انهم تعلقوا بحكم وهو انه اذا اشترى بدراهم مطلقة يجوز ، وتجب في الذمة ، وهذا لايدل على ان الموجب في الأصل هذا ، الا ترى انه اذا أسلم في سلعة موصوفة يجوز ويثبت في الذمة ولايدل على ان موجب العقد في السلعة في الأصل هذا .

فإن قالوا : في صورة السلم لابد من الوصف ، وفي مسألتنا تجوز عند الإطلاق.

قلنا : هذا الإختلاف انما جاء من ان العلم بالمبيع شرط ، وفي السلم لايصير المبيع معلوماً الا بالوصف ، وفي مسألتنا يصير الثمن معلوماً بدون الوصف لأجل النقدية المعهودة حتى لم يصر معلوماً إلاّ بالوصف لابد منه ، وفي المبيع لو صار معلوماً باطلاقه بان كان في البلد سلعة معهودة لاتختلف ينصرف البيع اليه واستغنى عن الوصف .

وقولهم " ان السلم جاز رخصة " .

قلنا : وفي مسألتنا جاز الإطلاق رخصة .

وقولهم : " ان هناك تقدم نهي ثم تلاه اباحة ما " .

قلنا : ذاك النهي عام في السلع والأثمان ، لأن نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الانسان كما يتناول السلع يتناول الأثمان والرخصة المذكورة وان خص السّلم بها ، ولكن تتناول كل ما في معناه ، واطلاق الدراهم في جانب الأثمان مثل السلم في جانب السلعة معنى .

فإن قالوا : ان السلم جاز للحاجة فأيّ حاجة الى ترك التعيين في الدراهم ؟ "

قلنا : البياعات لما عمت بلوى العامل بها سهل الشرع سبيل الوصول اليها من كل وجه ورفع الحرج والضيق عنها ، وكل مايؤدي اليه وفي تكليف تعيين الدراهم نوع ضيق وحرج ، لأن الانسان في العادة يدخل السوق فهجم ..[1] على سلعة مقصودة والى أن يحضر الدراهم تفوت فيلحقه ضرر وضيق في نقل الدراهم معه وحملها مع نفسه في عموم أحواله فالشارع برأفته ورحمته رفع الحرج ودفعه وجوزّ الشراء بما في ذمته ثمناً كما يجوز البيع من ذمته سلماً .

ويقال : حاجة جاءت من عدم أو غيبة ، وههنا أيضاً حاجة جاءت أيضاً من عدم أوغيبة إلا أن في صورة السلم اختص ذلك الاسم المخصوص ، والعبرة بالمعنى لا بالاسم وبالحقيقة لابالصورة.

فأما ايجاب قبض رأس المال انما جاء من لفظ السلم ، لأنه يقتضي التسليم ، وليس لأن السلم رخصة ، لأنه ليس كل ما كان رخصة يزاد في شرطه لتتحقق رخصة .

وقوله " ان المسلم فيه بقى مبيعاً " .

قلنا : عندنا الثمن مبيع أيضاً ، والمبيع ما يدخل تحت البيع وكل ما يباع مبيعاً سلعة كانت أو ثمناً .

وأما فصل الإستبدال نقول : اذا كانت الدراهم معينة لايجوز الإستبدال قولاً واحداً ، واذا أطلق قولان ، وان سُلّم فيحال بجوازه على النص لاغير ، وكم من أصل تُركَ في موضع لنصٍ وَرَدَ فيه ، فهذا من جملة ذلك .

وأما الذي اعتمدوا عليه من تفريق اللغة بين الإسمين ، فلايصلح للاعتماد لأن

---

(١) كذا في المخطوط .

التفريق في الاسم لايدل على التفريق في الحكم ، والعبرة بما يقوم عليه / الدليل . ٩٣/أ
ويقال لهم : قولكم اذا باع دراهم بدنانير أيّهما المبيع وأيّهما الثمن ، وكذا اذا باع ثوباً بعبدٍ فلابد وأن تقولوا في الصورة الأولى كل واحد منهما ثمن حقيقة مبيع صورة ، ولا وان تقولوا في الصورة الثانية وهي بيع العبد بالثوب كل واحد منهما مبيع حقيقة ، واحدهما ثمن صورة وكذا في بيع الدراهم والدنانير فاذا جاز لهم اطلاق تسمية الثمن ظاهراً على أحدهما في بيع الثوب بالجارية وان كان مبيعاً حقيقة ، وكذلك في بيع الدراهم بالدنانير جاز اطلاق اسم المبيع ظاهراً على أحدهما وان كان ثمناً حقيقة جاز لنا أن نميز أحد البدلين على الآخر في الاسم الظاهر وان كان لافرق بينهما حقيقة .

فإن قالوا : في بيع الدراهم بالدنانير لامَبَيعَ وفي بيع الثوب بالجارية لاثمن " .

فمحال ، لأن البيع لابد له من ثمنٍ ومبيعٍ .

ويمكن أن يقال : لما كان العقد يضاف الى أحدهما بغير حرف صلة فيقال : بعتُ بكذا ، ويوصل بالآخر بحرف الصلة ويقال : بكذا اشتريتُ بكذا ميزت اللغة بين الاسمين لهذا الإفتراق، والأول في غاية القوة ، هذا هو الجواب عن طريقتهم وهو على متن المذهب .

ويمكن ان يجاب بجواب آخر فنقول :

موجب العقد ملك الثمن وله محلان فعند التعيين محله الدراهم المعينة فانه يملكها ثمناً ، وعند الإطلاق محله الذمة فكلاهما موجب .

فإن قالوا : ملك العين أكمل من ملك الدين فلايصلح كلاهما موجب .

يبينه : ان أكمل الملكين اذا صار موجبا كيف يزاحمه أنقصهما ؟

قلنا : على هذه الطريقة نقول : الملك في الدين مثل الملك في العين وتتبين

بالأحكام من محلية التصرف محلية الزكاة وحصول الغني بالكل على وجه واحد، ويجوز أن يقال الملك في الدين أكمل ، لأنه أبعد من التوى والهلاك .

وأما المسائل الإلزامية فهي لازمة وأعذارهم عنها ضعيفة وقد ذكرناها في التعليق واقتصرنا في هذا المواضع على تمشية المسألة من حيث المعنى ، وفيه غنية عن الأحكام ، وان أراد متمسك أن يتمسك بحكم ليجعله عماد الكلام فليتمسك بالسلعة ويؤيد كلامه بالحنطة والشعير ، ودعوى الثمنية فيهما بعيد جداً بل هما سلعة قطعاً ، ووجوب المثل عند الإتلاف انما كان لعدم التفاوت لامن حيث انه ثمن بوجهٍ ما كالعدديات من البيض والجوز يجب باتلافها أمثالها وهي سلعة قطعاً .

والطريقة الأخرة ففي مكاثرة الإجماع ، وحرفها ان ادعى انهما بأعيانهما ليست أموالاً فجميع أحكام الشرع دالة عليه ، وكذلك إطباق الناس على عدّها أنفس أموالهم وأعزها ، وان ادّعوا أنها أموال بمعانيها ، كذلك جميع الأعيان في العالم ، وعلى أن في أعيانها منفعة عظيمة وهي التزين والتحلي ، ولهذا لو استأجر دراهم أو دنانير ليزين بها دكانه يجوز ، فأشبه الجواهر والفصوص من هذا الوجه . والله تعالى أعلم .

﴿ مسألة ﴾ *

بيع العقار قبل القبض عندنا باطل (١) ، وهو قول محمد بن الحسن من أصحابهم. (٢)

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه وأبي يوسف : يجوز . (٣)

(*) قال النووي في المجموع : قال ابن المنذر : " أجمع العلماء على أن مَنْ اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يقبضه ، قال : واختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب :

أحدها : لايجوز بيع شئ قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في الطعام . قاله الشافعي ومحمد بن الحسن .

الثاني : يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه الا المكيل والموزون قاله عثمان بن عفان ، وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والاوزاعي وأحمد واسحاق .

الثالث : لايجوز بيع مبيع قبل قبضه الا الدور الأراضي ، قاله : أبو حنيفة وأبويوسف .

الرابع : يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه الا المأكول والمشروب ، قاله : مالك وابو ثور .

قال ابن المنذر : وهو أصح المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل ان يستوفى " ا.هـ ٢٥٩/٩ .

(١) النكت ورقة ١٣٦/أ ، المجموع : ٢٥٢/٩ . ٢٥٩ ، فتح الباري ٣٥٠/٤ ، النووي على مسلم : ١٦٩/١٠ ، الحاوي : ٢٢٠/٥.

(٢) مختلف الرواية ورقة : ١٥١/أ ، الاسرار : ٩٢/٢/أ مراد ملا ، إيثار الأنصاف ص ٢٩٨ .

(٣) مختلف الرواية ورقة : ١٥١/أ ، الاسرار : ٩٢/٢/أ مراد ملا إيثار الأنصاف ص ٢٩٨.

لنا :

حديث ابن عباس ان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل ان يقبض ، قال ابن عباس : وأنا أرى كل شئ بمنزلته " [١] وهذا خبر ثابت .

وروى الأصحاب ان النبي ﷺ نهى عن بيع المبيع قبل القبض مطلقاً . [٢]

ورووا بطريق عتاب [٣] بن أسيد ان النبي ﷺ لما بعثه الى مكة قال : أنههم عن أربع : عن بيع ما لم يقبضوا ، وعن بيع ما لم يضمنوا ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وسلف . [٤]

واعلم ان الروايات فيما سوى الطعام ضعيفة ، وفي الطعام صحيحة .

وقول ابن عباس " وأنا أظن كل شئ بمنزلته " صحيح . [٥]

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٤٩/٤ مع الفتح ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض .
ومسلم في صحيحه : ١٦٨/١٠ ، ١٦٩ مع النووي ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض .

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ .

(٣) عتاب بن أسيد بن أبي العاص بن أمية الأموي أبو عبد الرحمن أو أبو محمد المكي له صحبة وكان أمير مكة في عهد النبي ﷺ ومات في يوم مات ابو بكر الصديق فيما ذكر الواقدي لكن الطبري ذكر انه كان عاملاً على مكة لعمر سنة ٢١هـ ، روي له أصحاب السنن . انظر التقريب : ص ٢٣١ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٣١٣/٥ ، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وان كان غير طعام وقال : تفرد به يحيى بن صالح الأيلي وهو منكر بهذا الاسناد " اهـ

(٥) انظر : حاشية رقم (١) .

وقد تمسك بعض أصحابنا : بنفس الخبر ولم يدع معنى ، وزعم ان النهي لعدم القبض من غير أن يعقل له معنى .

وعندي ان التمسك بالمعنى أولى لضعف الرواية الا في الطعام ، ويحتاج الى بيان معنى في منع بيع الطعام قبل القبض ليشاركه فيه ما سواه على ما قال ابن عباس رضي الله عنه ، ويكون تخصيص الطعام بالذكر ، لأن السؤال وقع عنه أو ليدل به على ما سواه فنقول :

اليد ركن في بيع الأعيان فاذا لم يوجد لاحقيقة ولاحكماً لم يجز .

والدليل على ان اليد ركن ان البيع تصرف في محل فلابد من التمكن من المحل لتتصرف فيه ، والتمكن باليد ومع عدم التمكن لايتصور تصرف ما ، فإذا فاتت اليد / في مسألتنا فات التمكن ، واذا فات التمكن بطل التصرف . ٩٤/ب والتحرير فات ركن البيع فبطل البيع كما اذا كان المبيع منقولاً .

فإن قالوا : قد تمكن شرعاً بالملك من المحل فلا يطلب تمكن سواه ، لأن التمكن باليد انما يعتبر لتمكنه التسليم الى المشتري ، وفي مسألتنا قد تمكن من التسليم الى المشتري ، لأن المسألة مصورة في مثل هذاالموضع ، وهو أن يكون المشري متمكنا من قبض العقار من البائع وتسليمه .

والجواب :

انا اعتمدنا في هذه الطريقة على أمر محسوس ، وحرفنا ان التصرف في المحل من غير مُكنة له في المحل محال غير معقول .

فان ادّعوا ان التمكن ثبت شرعاً بالملك .

قلنا : لانترك المعقول إلاّ بدليل قاطع ولم يقم لهم دليل على ان الملك يقوم مقام التمكن ، وهو مفقود حساً مع وجود الملك ثم نقول : الأصل هو اليد في

التصرفات على ما سبق .

وأما الملك انما اعتبر لزوال المانع الشرعي عن التصرف ، وهذا لأن حق الغير ينتصب مانعاً من تصرفه مع وجود المكنة له في المحل ويصير هذا التمكن كالمعدوم لأجل حق الغير فاعتبر ملك المحل ليزول المانع من التصرف ولئلا يلتحق هذا التمكن الموجود حساً بالمعدوم .

وقولهم : ان المسألة مصورة فيما اذا كان متمكناً من تسليم العقار الى المشتري .

قلنا : لابد من ركن التصرف للمشتري عند التصرف فقد زال ركن التصرف عند وجود التصرف ، وانما على اصلكم تثبت اليد من بعد القبض ولايجوز تصحيح التصرف بتمكن يوجد من بعد التصرف . وانما يجوز بتمكن حال التصرف ولايوجد إلاّ باليد ولا يد . والإعتماد عندي على هذه الطريقة ، وعامة الأصحاب تعلقوا بقياس العقار على المنقول.[١]

وَمَنْ حقق منهم قال : ان الملك ناقص فلايستفاد به البيع ، لأن البيع أكمل التصرفات، ألا ترى انه نقل بعوضٍ يُحصّلَهَ لنفسه .

والدليل على ان الملك ناقص غير تام ، ان سببه البيع وهو غير تام .

والدليل على ان البيع غير تام قبل القبض انفساخه بهلاك المبيع قبل القبض وثبوت حق فسخه عند فوات شئ من أجزائه بالتعيّب .

ويدل عليه: ان الزيادة الحاصلة قبل القبض يقابلها الثمن وبعد القبض بخلافه ، والفرق ما ذكرنا من المعنى وهو ان في أحد الصورتين حصلت الزيادة قبل تمام العقد فجعلت كالموجودة عند العقد ، وفي الصورة الثانية وجدت بعد تمام العقد فلايمكن ان يجعل كالموجود عند العقد وبهذا الطريق انفسخ العقد بهلاك المبيع

---

(١) ومنهم الشيرازي فكته ورقة : ١٣٦/أ .

قبل القبض فإن العقد لما لم يتم حتى هلك المبيع جعل كأن العقد ورد على هالكٍ، وكذا في نقصان الجزء جعل كأن البيع ورد على معيبٍ .

وقد نص بعض أصحابهم على ان الصفقة لاتتم قبل القبض وتتم بعد القبض وبنوا على هذا مسائل :

وبهذا السبب قالوا : ان الرد بالعيب قبل القبض يجوز بغير قضاء ولا رضا وبعد القبض لايجوز إلاّ بقضاء أو رضا .

وقالوا : فيمن اشترى عبدين ووجد بهما عيباً لايجوز أن يرد احدهما قبل القبض ويجوز بعد القبض وعبّروا عن هذا وقالوا : اذا رد احدهما قبل القبض فهو تفريق الصفقة قبل التمام فلايجوز ، وبعد القبض تفريق الصفقة بعد التمام فيجوز ويصير كما لو باع ابتداءً ، وفي الصورة الأولى لما كان تفريق الصفقة قبل التمام يصير كما لو باع منه شيئين فقبل منه البيع في احدهما دون الآخر فانه لايجوز .

وأما حجتهم :

قالوا : الملك مطلق للتصرف حقيقة وحكماً .

أما الحكم : فبدليل العتق والنكاح فإنهما جائزان قبل القبض .

وأما الحقيقة : فلأن البيع إثبات الملك وإثبات الملك لايستدعى إلاّ أهلية الاثبات من المثبت ووجود محلية الإثبات وقد وجد في مسألتنا كلاهما .

واستدلوا في ان اليد غير مشروطة للتصرف بمسائل :-

- منها : ان التصرف في الدين جائز ولايد فيه ، ويعتمدون على هذه المسألة .
- ومنها : التصرف في الأثمان والمهور جائز قبل القبض وكذا الموروث

والموصي به والمغصوب والمقبوض به على السوم وأمثال هذا .

قالوا : وأما دعوى نقصان الملك ، لايصح ، لأن اليد ثمرة وبفوات الثمرة لاينتقص الأصل كفوات الثمار من الأشجار لايوجب نقصان الأشجار .

يبينه : ان العقد بالايجاب والقبول عن تراضٍ ، وقد تم هذا من المتعاقدين ولزم، ولايعرف التمام إلاّ بوجود موجبه ولزومه ، فمنْ ادعى ان العقد مع هذا لايتم ، فعليه الدليل .

وأما انفساخ / العقد بهلاك المبيع لم يكن لعدم تمامه ، ولكن لأن ٩٤/ب المبيع ملك بملك وتسليم بتسلم وقد فات التسليم في المبيع ففات أيضاً فيما يقابله فاذا فات فيهما لم يبق للعقد فائدة فيبطل تسليم المبيع بتمامه ، وكذا اذا تعيّب ، انما ثبت للمشتري حق الفسخ لا لعدم تمام البيع ، لكن لأنه التزام تسليم المبيع بتمامه فاذا تعيّب فقد عجز عن تسليم ما التزمه فثبت للمشتري حق الفسخ .

قالوا : وعلى أنا ان قلنا ان الملك لم يتم فوجب أن لايمتنع البيع به ، كمالايمتنع العتق به، وهذا لأن البيع ايجاب الملك فيوجب ماهو ثابت له فان كان كاملاً يوجبه كاملاً وان كان ناقصاً يوجبه ناقصاً ، كما ان العتق اسقاط فان كان كاملاً يسقط كاملاً وان كان ناقصاً يسقط بالعتق كذلك .

وقولكم : ان البيع أكمل التصرفات " .

ليس كذلك ، بل العتق أكمل منه ، وهذا الفصل يشكل الطريقة الثانيــة جداً .

قالوا : وأما المنقول فانما لايجوز بيعه قبل القبض لا لنقصان الملك بل ، لأنه بيع غرر وهو حرام، ومعنى الغرر انه يجوز أن يهلك المبيع قبل القبض فيبطل العقد والإحتراز عنه ممكن بالقبض ، ولأنه اذا هلك هلك على ملك البائع فيظهر انه باع ملك الغير في المعنى .

وأما في العقار فلا غرر ، لأنه لايهلك .

وان قلتم يهلك ، فمحال ، لأن المسألة مصورة في العقار الذي لايتصور عليها الهلاك وهي الأرض البعيدة من الرمال والبحار فان تصوّر الهلاك فلا تكون هذه المسألة ونقول : لايصح بيعه وتصوّر الهلاك في العقار بعيد جداً بخلاف المنقول فإنه يتصور هلاكه وتعيّبه حتى لايوقف عليه فيكون نظير الهلاك .

قالوا : ولايلزم المسلم فيه على ما قلنا حيث لايتصرف فيه وان كان لايهلك ، لأن المنع من التصرف في المسلم فيه عدمه ، وهذا لأن المسلم فيه معدوم ، والقياس أن لايجوز إلاّ ان الشرع جوّزه لعذر الحاجة ، ولهذا كان رخصة ، والعذر في العقد الأول فجعل المسلم فيه في العقد الأول بمنزلة الموجود حتى يصح السلم ، ولا غرر في العقد الثاني، لأنه لاحاجة اليه فبقى على العدم في حقه فلم يجز لهذا قالوا : وأما اذا اشترى طعاماً مكايلة فانما لم يجز التصرف فيه قبل الكيل بالنص ، ويجوز ان يقال انما لم يجز ، لأن القدر الذي يستحقه بالعقد لايصير معلوماً إلاّ بالكيل فلايجوز العقد قبله .

الجواب :

قولهم : " ان الملك مطلق للتصرف " .

قلنا : بلى ، ولكن الملك الكامل ، فأما الناقص فلا ، وأما العتق ممنوع على أحد الوجهين، وان سلمنا على ظاهر المذهب فنفوذه لسرعة وقوعه وحصوله شرعاً، فلما انه بنى على هذا في الشرع فاكتفى فيه بالملك الناقص ، وقد بيّنا وجه اعتراضهم على هذه الطريقة .

ويقولون : أيضاً مجرد اليد يكفى للبيع فكيف لايكفى الملك الناقص ؟

وصورته : اذا باع المكاتب من سيده شيئاً يجوز ولا يثبت إلاّ اليد .

وكذا عامل القراض مع رب المال .

والجواب المعتمد : ان الملك يمكّن من البيع شرعاً ومع المكنة الشرعية لابد من المكنة الحسّية وذلك باليد ، وقد بينا ان الإكتفاء بالمكنة الشرعية لايجوز ، وهذا لأن الأصل هو المكنة الحسية في التصرفات وانضمام المكنة الشرعية إليها لمعنى صحيح على ما سبق لايجوز ، وأما اذا كان غير قادر فلا يجوز .

ونحن انما ادعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن الى أن يكون مبطلاً اعتبار المكنة الحسية التي هي الأصل ، وليست هذه الطريق هي طريقة اعتبار العجز عن التسليم في ابطال البيع لأنا لاندّعي وجود العجز عن التسليم وابطال البيع بهذا السبب فانهم يقولون المسألة الخلافية فيما اذا كان يقدر على تسليم المبيع بأن ينقد الثمن في الحال ويقبض المبيع ويتسلمه .

وأما اذا كان غير قادر فلايجوز .

ونحن ما ادّعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن اعتبرنا قاعدة المعقولة وهي : ان التصرف لابد له من محل والمحل لابد أن يكون تحت مكنة المتصرف حتى يقبل تصرفه، فنحن على هذا المعقول المحسوس حتى يدل لنا دليل على اسقاط اعتباره .

وأما المسائل فلا تلزم على هذا الأصل .

أما العتق ، لأنه انما صح باعتبار انه يتضمن القبض شرعاً .

وعندهم : العتق قبض بخلاف البيع، وأيضاً فانه لما كان مبنياً / على ٩٥/أ سرعة الحصول وعليّة الوقوع جاز أن يكتفي فيه بالمكنة شرعاً وإن لم يوجد حسّاً كما اكتفى بملك بعض المحل عن الكل وجعل كأن الكل مملوك له ، كذلك هاهنا بوجود بعض المكنة جعل كأن المكنة موجودة من كل وجه .

وأمـا الدين ، فـإنما يجـوز التـصـرف فـيـه مع مَنْ عليـه ، ويجـوز بمعنى الإبراء والإسقاط ، ولايكون بيعاً محضاً .

والجواب المعتمد ان قبض الدين لايتصور ، واذا قبض يكون عيناً لاديناً فاكتفى فيه بالتمكن شرعاً ، وهو الملك ضرورة بخلاف مسألتنا فان اليد متصور .

وأما الأثمان والمهور : فنقول لايجوز التصرف فيها قبل القبض .

وأمـا المغـصـوب والمقبـوض على سـوم البـيـع والموروث والموصي بـه فـهـذه الأشـيـاء في يده بطريق الحكم ، أمـا هاهنا لايد أصـلاً لا حكمـاً ولا حسـّاً ، لانهـا للغـيـر واذا كـان حق الغـيـر لـم يكن له وأمـا العذر عن المنقول فليس بشئ ، لأن ذلك الغـرر مـوجـود في نفس البيـع الأول ، ومع ذلك يصح ، وبيـانه : انه مـا من عـقـد يعـقـد إلاّ ويجـوز فـيـه هذا الغـرر بأن يهلك قـبـل القـبض فـيـبطل العـقـد ، والإحتـراز ممكن بأن يسلم اليـه . ثم يبيـعـه منه ، وعلى انا ذكـرنا المعـتـمـد في المسـألة ولا حاجة معـه الى كلام سواه فليكن اعتـماد المناظرة عليه . والله تعالى أعلم .

﴿﴿ مسألة ﴾﴾

وطء الثيب لايمنع الرد بالعيب عندنا .[(١)]

وعندهم : يمنع .[(٢)]

لنـــا : ان سب الرد قد وجد مقروناً بشرطه فوجب أن يرده .

---

(١) المهـذب : ٣٧٨/١ النكت : ورقـة ١٣٨/ب ، تكملة المجـمـــوع للسـبكي : ٣٨٣/١١ ، روضة الطالبين : ٤٩٠/٣ .

وهو رواية عن الامام أحمد ، انظر : المغني : ٢٢٨/٦ .

وبه قال مالك والليث بن سعد وأبو ثور ، وعثمان البتي وهو رواية عن الامام أحمد .

انظر : الاشـراف للبـغـدادي : ٢٦٩/١ ، المغني : ٢٢٨/٦ ، تكملة المجـمـوع : ٣٨٣/١١ ، شرح السنة : ١٦٤/٨ .

(٢) الحـجـة على أهل المدينة : ٥١٨/٢ ، الاسـرار : ١٠٥٤/٢/أ ، المبســــوط : ٩٥/١٣ .

وهو رواية عن الامـام أحـمد وبه قـال الزهري والثوري واسحاق . انظر : المغـــني : ٢٢٨/٦ .

فتبين من هذا ان اختلافهم على ثلاثة أقوال :

<u>القول الأول</u>: يردها ولا شئ معها وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في روايـــة .

<u>القول الثاني</u> : لايردها ولايرجع بالايش وبه قال ابو حنيفة وأحمد في روايـــة .

<u>القول الثالث</u> : يردها ومعها ارش ولكن اختلفوا في مقدار الارش :

١) فقال الشعبي : يردها ومعها حكومة .

٢) وقال ابن ابي ليلى : يردها ومعها بهر مثلها .

٣) وقال شريح والنخعي : يردها مع نصف عشر ثمنها .

وقد ذكر المؤلف رحمه الله هذه الآراء عند الجواب عن حجة المخالف .

دليله : ما قبل الوطء ونعني" بسبب الرد "هو العيب ، ونعني " بشرطه " اعادة المبيع الى ملك البائع كما دخل في ملكه ، وهذا لأن الوطء محض انتفاع ووجوده لاينقص من عين الجارية ولا من قيمتها أما من عينها فلا اشكال فيه اصلاً ، وأما من قيمتها فلأن المسألة في مثل هذا الموضع ، فأما اذا صورنا نقصاناً من قيمته فعندنا يمنع الرد.

يبينه : ان وطء الثيب يزداد الوطء مرة بعد أخرى وهو لاينقص القيمة في العادات ونقصان القيمة يرجع في معرفته الى عادة التجار وهم لايعدون هذا نقصاناً .

يبينه : ان العادة جرت باستعلام المشتري حال الجارية انها ثيب أو بكر ولم تجر العادة باستعلام عدد الوطئات من واحد أو من جماعة ، والسبب انهم اذا علموا ان الجارية ثيب لايبالون بقلة الوطء وكثرته .

فثبت قطعاً ان الوطء لاينقص من عين الجارية ولا من قيمتها فقد رد المبيع الى البائع بالعيب الذي وجد به ، كما اشترى فجاز له ذلك ، وصار الوطء في هذا الموضع بمنزلة الإستخدام وهو لايمنع الرد ، فكذلك هاهنا .

وحجتهم :

انهم ادعوا اجماع الصحابة .

وقالوا : روي عن علي [١] وابن عمر [٢] انهما قالا في هذه المسألة " لاترد

---

(١) رواه عن علي من قوله البيهقي في سننه : ٥/٣٢٢ ، ولفظه " لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء ، وان لم يكن وطئها ردها " .
قال البيهقي : وليس بمحفوظ . اهـ
ورواه محمد بن الحسن في كتاب الحجة : ٢/٥١٩ ـ ٥٢١ .

(٢) ذكره في الاسرار : ٢/١٠٥/أ .

ويرجع بالأرش " كما [١] ذهبنا اليه .

وعن عمر [٢] وزيد انهما قالا : ترد الجارية بالعيب ويرد معها ان كانت بكر عشر قيمتها وان كانت ثيباً نصف عشر قيمتها " . [٣]

والاستدلال : ان الصحابة اتفقوا ان الوطء ليس بهدر بل هو معتبر. وعندكم [٤]: هو هدر.

يبينه : انهم جعلوا الوطء بمنزلة الجناية [٥] ، فإن من يقول في هذه المسألة ان الوطء يمنع من الرد كذا يقول في الجناية .

ومن قال : انه يغرم العُقر يقول في الجناية انه يرد ويغرم الأرش .

ومن جهة المعنى :

قالوا : { واعتمدنا على ان الوطء في ملك الغير جناية بدليل اجماع الصحابة .

---

(١) أورد السبكي قول علي ، وابن عمر في تكملة المجموع : ١١/٣٨٥ ، نقلاً عن المؤلف وذكره الدبوسي في اسراره : ٢/١٠٥/أ .

(٢) رواه عن عمر من قوله البيهقي في سننه : ٥/٣٢٢ ، ولفظه " ان كانت ثيباً رد معها نصف العشر وان كانت بكراً رد العشر " .
وذكره أبو زيد في اسراره : ٢/١٠٥/أ .

(٣) رواه وكيع في اخبار القضاه عن ابراهيم عن شريح : ٢/٢٧٩ .
وأورده الشيرازي في النكت ورقة : ١٣٨/ب .
وأورده السبكي في تكملة المجموع : ١١/٣٨٥ ، نقلاً عن المؤلف .
وذكره ابو زيد في اسراره : ٢/١٠٥/أ .

(٤) أي عند الشافعية .

(٥) المبسوط : ١٣/٩٥ .

وبدليل انه لايخلو في دار الدنيا عن عقوبة أو غرامة مثل الجناية سواء .

ولأنه لايستباح بالإباحة . وخرج على هذا الإستخدام فانه غير نازل منزلة الجناية بدليل الحكمين عكساً .

وأما قولنا : " انه جناية اذا كان في ملك الغير " ، فهو بناء على ان الرد بالعيب فسخ من الأصل }[١] ، ومعنى الفسخ من الأصل : انه يجعل العقد كالعدم .

والدليل عليه : انا أجمعنا على انه يعود الملك الى البائع ولايعود الملك الى البائع الاّ اذا انفسخ العقد من الأصل ، ويصير كالمعدوم ، لأن الفسخ ليس ببيع ينقل الملك الى الغير انما هو رفع عقد قد سبق فيكون عود الملك الى البائع لانفساخ العقد من الأصل وإلتحاق العقد الموجود بالمعدوم .

يبينه : انه اذا انفسخ بالعقد في الحال وبقى العقد الى وقت الفسخ على ما كان من قبل وحكمه الملك فوجب ان لايرتفع الملك .

لأنه اذا بقى السبب فلابد أن يبقى حكمه .

ويدل عليه: انه يعود الملك القديم باحكامه حتى اذا ردّ على البائع بالعيب ٩٥/ب يرد على بائعه ، وهو دليل على انفساخ الملك من الأصل .

لأنه اذا لم يكن كذلك يكون ابتداء تمليك من البائع ، وهذا لايجوز ، لأن اللفظ غير صالح له من حيث ان نقض العقد لايصلح لما يصلح له العقد ، ولأنه اذا كان ابتداء تمليك وجب أن لايرد على بائعه ، كما لو اشترى منه .

---

(١) ما بين القوسين نقلاً من الأسرار مع بعض التصرف . انظر : ٢/١٠٥/أ .

وبعضهم قال : ان العقد مضى وانقضى فكيف يفسخ في الحال ؟ وانما جاز الفسخ للحاجة ، كان القياس أن لايجوز فينصرف فسخ العقد الى زمان العقد وهو الزمان السابق .

وأما في الحال فلا عقد حتى يفسخ ، واذا ثبت ان العقد ينفسخ من الأصل ظهر ان الوطء لاقى ملك الغير فيكون بمنزلة الجناية .

قالوا أيضاً : ان منافع البضع جعل بمنزلة الأجزاء حكماً بدليل ما ذكروا في كتاب النكاح من فساد النكاح بالتوقيت وشرط التأبيد فيه مثل العقد على الأعيان ، وبدليل استقرار العوض بوطئة واحدة .

مثل عين يشتريها ويستوفيها يستقر به الثمن ، ولأن منافع البضع تضمن بالمال الكثير وهو الألوف اذا بلغ ذلك مهر المثل وضمان الأكثر ضمان الأجزاء دون ضمان المنافع ، لأنه لايتصور أن تضمن منفعة ساعة بالألف والألفين فدل انها بمنزلة الأجزاء حكماً ، وهذا لأن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النسل في العالم فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء فاذا ثبت إلتحاقها بالأجزاء شرعاً فصار كأنه استوفى بعض الأجزاء وأراد الرد بالعيب وذلك لايجوز كذا هذا .

قالوا : ولايجوز أن يقال انها وان التحقت بالأجزاء حكماً الاّ انها ليست بمال فحبسها لايمنع الرد ، لانا نسلم انها ليست بمال ولهذا لايقابلها شئ من الثمن ، لكن لما كانت بمنزلة الأجزاء وصارت مستحقة بعقد البيع فحبسها يمنع الرد .

قالوا : وليس يلزم على ما قلنا اذا اشترى جارية مزوجة ووطئها الزوج حيث لايمنع الرد ، لأن على الطريقة الأولى انما ادعينا انه بمنزلة الجناية اذا صادف ملك الغير ، وهناك بالرد بالعيب لايظهر ان الزوج وطئ في ملك الغير ، وعلى الطريق الثاني نقول: ان منافع البضع وان نزلت كالأجزاء حكماً ، لكنها غير

مستحقة بالشراء انما هي للزوج ونحن انما منعنا من الرد ، لأنا جعلنا المشتري بالوطء كأنه حبس بعض الأجزاء المبيعة، وهذا لايوجد في مسألة الإلزام .

قالوا : ولايدخل على هذا العذر اذا كانت الجارية بكراً ووطئها الزوج لأن جلدة البكارة غير مستحقة للزوج فانها عين حقيقة والنكاح محلها منافع جعلت اجزاء حكماً لا أجزاء حقيقة إلاّ ان تلك الجلدة تتلف ضرورة ، واذا كانت مستحقة بالشراء فاذا وطئها الزوج فلم يرد المبيع على البائع كما دخل في ملكه فلم يجز .

قالوا : ولايلزم البائع اذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض حيث لايثبت الخيار للمشتري لأنا لانسلم عدم ثبوت الخيار للمشتري بل يثبت ، وان سلمنا فلأنا جعلنا منافع البضع في حكم العين ولو ان الجارية المبيعة ولدت ولداً عند البائع فقتل ولدها ، فانه لايثبت خيار للمشتري ، كذلك جعلنا هذه المنافع في حق المشتري بمنزلة الولد ، ولو قتل المشتري الولد ثم أراد رد الأصل بالعيب لم يملك ، كذلك هاهنا .

واعتذر أبو زيد وقال [١] : انما جعلنا الوطء بمنزلة الجناية اذا صادف ملك الغير والوطء قبل القبض في حكم ملك البائع ، لأنه تصرف من التصرفات ولاينتقل ملك التصرفات الى المشتري الاّ بالقبض فبقى على ملك البائع فلم يجز أن يجعل جناية بخلاف مسألتنا على ما سبق .

قالوا : ولايلزم اذا اشترى جارية وافتضها ووطئها بغير أذن البائع ثم استردها البائع لحبسها بالثمن ثم ان المشتري وجد بالجارية عيباً ، منعوا جواز الرد .

---

(١) انظر : الاسرار : ٢/١٠٥/أ .

وقالوا : لايجوز أن يرد بالعيب ، وقالوا : ولايتأكد على المشتري شئ من الثمن بهذا الفعل ، لأنا وان جعلنا منافع البضع بمنزلة الأجزاء لكنها ليست بمالٍ فقد احتبس عند المشتري بما ليس بمالٍ فلا يقابله شئ من الثمن .

وبهذا الطريق نعتذر عن مسألة المرابحة حيث يجوز أن يبيع الجارية مرابحة ، وان كان قد وطئها ، لأنها لم يكن مالاً فلم يمنع بيع المرابحة ، لأن بيع المرابحة مبناه على الأمانة فمتى لم يحتبس عنده شئ هو مال ولا شئ يقابله الثمن فلم توجد منه الجناية فجاز البيع مرابحة وليس يدخل على هذا العذر اذا كانت الجارية بكراً فوطئهاأو جنى على الجارية حيث لايجوز البيع/مرابحة ٩٦/أ لأن في هاتين الصورتين فات منها جزء حقيقة وهو مال يقابله بعض الثمن فيلزمه أن يبين انه فات بعض ما يقابله الثمن حتى ينتفي عنه اسم الجناية .واعتذروا عن الطريق الأول من مسألة المرابحة ، وقالوا انما ادعينا ان الوطء كالجناية حكماً اذا وجد في غير الملك وطريق وجوده في غير الملك انفساخ العقد من الأصل عند الرد بالعيب ، وهذا لايوجد في فصل المرابحة، لأنه لم يوجد رد يفسخ العقد من الأصل حتى يصير الوطء جناية انما وجد بيع مبتدأ فبقي الوطء في الملك على ما وقع فلم يمكن تنزيله منزلة الجناية الى هذا الموضع انتهت الطريقة والتخريجات ، وفي غاية الإمكان ، لأن المسألة في نهاية الإشكال عليهم .

وقد تعلق كثير من مشايخهم بقولهم : " ان الوطء عيب في المعقود عليه في حق البيع لاستنكافه عنه وتعيّره ، والمعتبر لحوق الضرر في الإستمتاع بالجارية مدة مديدة ثم ردها على البائع واسترداد جميع الثمن ضرر عظيم على البائع ، والرد بالعيب لدفع الضرر والضرر لايدفع بالضرر .

الجواب :

أما دعوى اجماع الصحابة ، دعوى باطلة ، { وقد جهدتُ أن أجد ما قالوا وحكوا في كتاب يعتمد عليه فلم أجد انما هو حكاية طلبة العلم من التعليقين ومتبعي السواد على البياض }[1] ، ثم دعواهم ان الخلاف بينهم في الجناية مثل الخلاف في الوطء وضع مالا أصل له على مالاأصل له ، نعم ، قد ذكر أهل المعرفة بالإختلاف والإجماع ما حكوا عن عمر وزيد عن شريح والنخعي[2]

وحكوا عن الشعبي انه يردها ويرد معها حكومة .[3]

وعن ابن ابي ليلى يردها ويرد معها مهر المثل .[4]

وحكوا عن الحسن البصري ان الجارية لازمة له لايردها ولايرجع بشئ .[5]

وحكوا عن ابن سيرين والزهري مثل قول أبي حنيفة رحمة الله عليه .[6]

---

(١) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٦/١١ عن المؤلف .

(٢) رواه وكيع في أخبار القضاة عن ابراهيم عن شريح : ٢٧٩/٢ .
وذكره الشيرازي في النكت ورقة ١٣٨/ب فقال : "ما قالوا عن عمر فهو عن شريح " .
وذكره السبكي في تكملة المجموع ٣٨٣/١١ قال : "وهو قول شريح والنخعي وقتادة .
وروى من طريق الشعبي عن عمر " اهـ ، قال في المغني : وهو قول شريح والنخعي": ٢٢٨/٦ .

(٣) ذكره السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، وابن قدامة في المغني : ٢٢٨/٦ .

(٤) ذكره السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، وابن قدامة في المغني ٢٢٨/٦ ، والبغدادي في اشرافه : ٢٦٩/١ ، والدبوسي في اسراره ١٠٥/٢/أ .

(٥) ذكره السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، قال : " لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وهي رواية عن علي بن أبي طالب .... " اهـ

(٦) ذكره السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٣/١١ ، وابن قدامة في المغني : ٢٢٨/٦ .

قالوا : ويروي هذا القول عن علي عليه السلام [١] فأين الاجماع الذي ادّعوه والامر على هذا السبيل { ولم يرو عن أحد من الصحابة سوى على رضي الله عنه؟ وأصحابناحكوا عن زيد مثل مذهب الشافعي [٢]،ولايصح} [٣] .

وعلى انه يقال لهم قد رويتم عن عمر وزيد رضي الله عنهما انه يرد الجارية ويرد معها الأرش، على ما حكيتم، فنحن أخذنا بقولهما في أصل الرد وتركنا الباقي بالإجماع .

وأما دعواهم أنه بمنزلة الجناية :

في نهاية البعد ولامشابهة بين الجناية والوطء بحال خصوصاً اذا كان في الملك.

وَمَنْ ادعى ان الوطء الحلال بمنزلة جناية محرمة يرتكبها العبد فقد أبعد غاية الإبعاد .

وقولهم " انه لايخلو عن عقوبة وغرامة ولايحل فيه البذل والاباحة " ، فذلك لشرف البضع وخطره ، وليس كما زعموا .

وقولهم : " ان الرد بالعيب يفسح الملك من الأصل " .

ليس كذلك ، بدليل انه لاتسقط به الشفعة ، ولو انفسخ من الأصل لسقط ، ولأنه لو باع عبداً بجارية واعتق الجارية ثم رد عليه العبد بالعيب لم يبطل العتق ، ولو انفسح من الأصل لبطل ، ولأن البائع لو رضى بالرد عليه جاز ، ولو صار الوطء كالحاصل في ملكه لم يصح رضا البائع به ، وهذا معتمد .

وأما الحقيقة ان الفسخ يلزم زمانه كالعذر يلزم زمانه فَمَنْ ادّعى عوده الى زمان سابق فقد ادّعى قلب الحقيقة فلابد من دليل شرعي قطعي يردنا عن هذه الحقيقة

---

(١) قال في المغني : ويوي ذلك عن علي رضي الله عنه " اْ. هـ : ٢٢٨/٦ .

(٢) قال الشيرازي في النكت ، وروي عن زيد مثل قولنا " اهـ ، ورقة ١٣٨/ب .

(٣) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع : ٣٨٦/١١ عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة .

وأما عود الملك الى البائع فهو لضرورة الإقالة فانه لابد لها من فائدة وفائدتها عود الملك الى البائع ، وهذا لانهما قصدا بالإقالة اعادة كل واحد منهما الى ما كان عليه قبل العقد في الحكم المطلوب بالعقد لافي غير العقد اذ ليس لهما غرض في عين العقد وجوداً وعدماً ، وانما المقصود هذا الحكم الثابت بالعقد فثبت بالعقد وانتفى بالفسخ ثم انما ينتفي بقدر الإمكان وذلك نفيه في زمان الفسخ فأما نفيه في الزمان السابق محال .

وقولهم " انه يعود ذلك الملك بحكمه " .

قلنا : بلى ، ولكن من زمان الفسخ لا من قبل .

وقولهم " ان العقد منقضٍ " .

قلنا : لا ، بل هو قائم ولولاه ما صح الفسخ ونعني"بقيامه" قيامه حكماً، واذا لم ينفسخ من الأصل لم يظهر وجود الوطء في غير الملك ، ولئن سُلّم لهم ان الرد بالعيب يوجب فسخ الملك من الأصل فانما ذلك في ملك قائم ، فأما في منافع استوفيت وتلاشت فمحال ، ولهذا يسقط احصانه ، ونظير هذا لو وهب رجل لابنه جارية فوطئها ثم رجع الأب، وعندهم في الأجنبي يكون هذا رجوعاً في العين المملوكة لافي المنافع المستوفاة /حتى لايسقط احصان الواطئ ٩٦/ب ولايجب عليه شئ ، فكذلك اذا وطء الزوج المرأة وهو غير كفؤ ثم ان الأولياء فسخوا العقد .

فان قالوا : لايسقط الإحصان ، لأنه لم يقصد الوطء في غير الملك .

قلنا : فقولوا ليس بجناية ، لانه لم يقصد في غير الملك ، والا فما الفرق ؟ وهذا الجواب على تسليم أصل كلامهم ، جواب معتمد .

قولهم : " ان المنافع جعلت بمنزلة الأجزاء حكماً " .

قلنا : ليس كذلك ، بل هي منافع على ما خلقها عليه خالقها حقيقة ، والذي ادعوا قلب الحقيقة ولايصح إلاّ بدليل شرعي ، ويردنا عن هذه الحقيقة كما ذكرنا في الفصل الأول .

وقد اجبنا عن دلائلهم في كتاب النكاح فشرط التأبيد ليتوفر على النكاح مقاصده ، وتأكيد الصداق بالوطء الواحد لضرورة تعذر التوزيع ، وكأنه لايمكن تأخير تأكيد الصداق الى أن يستوفى جميع الوطئيات ، لأنه لايكون إلاّ بعد الموت ، وفيه اضرار عظيمة بالمرأة ، وأما تقوّم منافع البضع بالمال الكثير فلشرفها وحرمتها ، ولأنه لما جاز أن يضمن بالعضو الصغير الحقير بالمال الخطير بحرمة له شرعاً أو حقيقة لم لايجوز مثل هذا في المنافع ؟ فليس ما قالوه بشئ، وان سلم لهم ان منافع البضع بمنزلة الاجزاء حكماً فليست بمال ، ولافي مقابلتها مال ، فاحتباسها عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب .

فإن قالوا: إنمامنع الرد ، لأن شرط الرد يفوت وهو اعادة الجملة الى يد البائع كما أخذ.

قلنا : الشرط ان يعيد الى البائع ماتناوله العقد ، واذا لم يكن مالاً ولا في مقابلتها مال لم يتناولها العقد .

قالوا : يتناولها العقد بيعاً وان لم يتناولها العقد مقصوداً ، وهذا لأنه قائم بالأصل ضرورة فيتبعه ضرورة .

قلنا : البيع عقد مال بمال فما ليس بمال لايتناوله العقد لامقصوداً ولا تبعاً بخلاف الأطراف فانها اموال تابعة للاصول فتتبعها في عقد المال .

يبينه : ان المانع من الرد بالعيب هو العيب وعيب المال نقص بالمال فاذا لم تكن المنافع مالاً فكيف يتصور نقصان المال وتعيّبه بفواتها واستيفائها ؟.

ويمكن أن يقال أيضاً ان هذه المنافع وان كانت أجزاء حكماً فهي اجزاء حاصلة

حادثة بعد القبض وهلاك الأجزاء الحادثة بعد القبض متى توجب تعيّب الأصل ؟

وهذه الطريقة تنخرق بهذه الكلمات خرقاً لايقبل الرقع .

والجواب على التسليم معتمد .

وقد استغنينا عن التمسك بالمسائل الإلزامية على أصولهم ، وان كانت في نهاية الاشكال عليهم .

والتخريجات التي قالوا ضعيفة عند التأمل جداً .

فأما الطريقة الأخيرة " وهي قولهم ان وطء الثيب عيب في حق البائع لمعنى الأنفة " .

فليست بشئ ، لأن جعل الشئ عيباً في حق شخص دون شخص لايعرف ، وأيضاً فان الآنفة مطرحة عند مقابلتها بالشرع ، لانها من رعونات الطبع وتسويلات النفس ، ومثل هذا لايبتنى عليه حكم شرعي ، وقد يوجد مثل هذا الآنفة في صور :

من تجريد جارية والنظر اليها مقبلة ومدبرة وارتكاب فاحشة من غلام قد اشتراه، وغير ذلك ، ومع ذلك لايمنع الرد بالعيب كذا هاهنا والله أعلم .

«« مسألة »»

الزوائد المنفصلة الحاصلة من المبيع بعد القبض لاتمنع الرد بالعيب عندنا .[١]

وعندهم : تمنع .[٢]

ولاخلاف انها لاترد مع الأصل .

لنا :

ان سبب الرد موجود ، ولامانع من الرد فيرد ، وانما قلنا " لامانع " لأنه يرد جميع المبيع ولم يحبس شيئاً منه ، ولو كان هاهنا مانع لكان المانع احتباس شئ من المبيع ولم يوجد .

وانما قلنا " لم يحتبس شئ من المبيع " لأن المبيع أما ان يعرف بحقيقة البيع أو بحكمه ، فإن عرف بحقيقته فلم يوجد في الزيادة لأن البيع هو الإيجاب والقبول في مال بمال وهذه الزوائد حدثت بعد وجود البيع فلم يتصور أن يكون مبيعاً حقيقة ، وان عرف بحكمه فحكمه ملك مال بالعقد بازاء مال يقابله .

وهذه الزيادة ما ملكت بالعقد انما ملكت بملك الأصل ولا عوض يقابلها فدل ان الزوائد ليست بمبيعة بوجهٍ ما ، واذا كان كذلك فاحتباسها عند المشتري لم يكن مانعاً من رد الأصل ، وأشبه هذا الكسب فانه لايمنع رد الأصل للمعنى الذي بيّنا كذلك هذا .

---

(١) النكت ورقة ١٣٧/ب ، المهذب ٣٧٧/١ ، وهو قول الحنابلة والمالكية .
انظر : المغني : ٦/٥٥٠ ، الاشراف للبغدادي : ٢٦٨/١ .

(٢) بدائع الصنائع : ٣٢٤٧/٧ ، المبسوط : ١٠٤/١٣ ، إيثار الانصاف :ص ٢٥٥.

أما حجتهم :

قالوا : الولد مبيع فلايجوز رد الأصل بدونه .

دليله : سائر أجزاء المبيع ، وانما قلنا : انه مبيع ، لأن أصله مبيع فيكون الولد مبيعاً أيضاً ، هذا لأن الفروع على مثال الأصول واذا كانت الأصول مبيعة فلابد وان تكون الفروع مبيعة الا ترى ان الأصول اذا كانت مملوكة كانت / ٩٧/أ الفروع مملوكة واذا كانت الأصول غير مملوكة كانت الفروع غير مملوكة .

وربما يعبّرون عن هذا فيقولون : " معنى ثبت في المحل ثباتاً مؤكداً فوجب ان يسرى الى الولد بمنزلة الملك ، وكذلك حق العتاق في أم الولد ، وكذا الكتابة والتدبير .[1]

قالوا : وقولكم " ان حقيقة البيع لم يجر عليه " ، بلى ، ولكن جرى على أصله ، وهذا متولد منه فيسرى اليه صفة المبيعيّة كسراية صفة الملك ، والإستيلاد ، والكل أوصاف المحل فاذا جازت السراية في وصف جازت في سائر الأوصاف .

قالوا : وقولكم " ان المبيع ما يملك بالعقد في مقابلة عوض " .

قالوا : هذه الزوائدة مملوكة بالعقد إلاّ ان الأصل يملك بغير واسطة والزوائد تملك بواسطة ملك الأصل ، ولئن قلنا انها غير مملوكة بالعقد " فأصلها مملوكة بالعقد ، ونحن انما ندّعي ان الولد مبيع تبعاً لا أصلاً . ويكفي في اثبات المبيعية تبعاً ان يكون الأصل مملوكاً بالعقد وان لم يكن الفرع في نفسه مملوكاً بالعقد ، وبهذا الوجه اعترضوا على فصل الضمان ، وقالوا : ان الولد لما كان

---

(١) انظر : المبسوط : ١٠٤/١٣ ، بدائع الصنائع : ٣٢٤٧/٧

مبيعاً تبعاً لم يقابلها الضمان، وهذا كالاطراف فانه لايقابلها ضمان ، لانها مبيعة تبعاً لا أصلاً ، وهذا مثل سائر أوصافها لايقابلها الضمان لهذا المعنى .

وكذلك قالوا : في الولد الحاصل قبل القبض إلاّ انه اذا قبض الولد أخذ حكم الأصلية في الضمان ، لأنه صار مقصوداً في القبض وهو يأخذ شبهاً من العقد فقوبل بالضمان .

وكذا قالوا : في الأطراف اذا قطعت يقابلها الضمان ، لأنها صارت مقصودة بالقطع وصارت أصولاً باعتبار هذا الفعل .

فأما في مسألتنا فانه اذا ولد المبيعة بعد القبض فهو تبع من كل وجه ولايقابله عوض بحال ، لأن حكم الضمان انتهى بالقبض على معنى انه تأكدت المقابلة بالضمان تأكداً لايقبل التغيير والبطلان فلهذا لم يقابله ضمان إلاّ انه مبيع على ما سبق بيانه فلم يجز رد الأصل بدونه ، ولم يجز أيضاً أن يرد مع الأصل ، لأنه تبع فلا يجوز أن يجعل أصلاً في حكم الرد ولو رد مع الأصل لصار أصلاً مع أصله أعني في الرد ، وليس كما لو هلكت الزوائد ، لأنها صارت بالهلاك كأن لم تكن فجاز رد الأصل كما لو تحدث هذه الزوائد أصلاً ، ولو استهلكت الزوائد لم يرد الأصول ، لأنها صارت أصولاً في فعل الإستهلاك فلم يجز رد الأصل بدونها .

وقالوا على وجه آخر : وهو الولد مبيع من وجه وليس بمبيع من وجه ، وانما قلنا: "مبيع من وجه " لما قلنا ، وانما قلنا " ليس بمبيع " لما قلتم ، فاذا كان مبيعاً من وجه فاذا رد الأصل بقي ما هو مبيع من وجهٍ في ملكه بغير عوض ، والمبيع من غير عوض ربا والربا حرام ، وشبهة الربا محرمة مثل حقيقة الربا ، فاذا كان الولد مبيعاً من وجه وقد سلم له بغير عوض فصار ربا من هذا الوجه ووجود الربا كافٍ في اثبات الحرمة .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان قبل الرد أيضاً سالم بغير عوض ، لأنه قبل الرد يسلم الولد تبعاً حين يسلم تبعاً ، واذا رد الأصل وبقي الولد يسلم حين يسلم أصلاً وهو بغير عوض غير جائز كما ذكرنا .

قالوا : ولايلزم الكسب ، لأنه ليس بمبيع بوجه ما ، لانا انما جعلنا الولد مبيعاً بسبب الجزئية ، وهذا لايوجد في الكسب ، والدليل على الفرق ان ولد أم الولد يسرى اليه حق الإستيلاد بخلاف الكسب .

قالوا : وليس كالعُقر الواجب بالوطء بشبهة حيث يلحق بالولد ويمنع رد الأصل ، لأن العُقر بدل منافع البضع ، وهي بمنزلة الأجزاء كما سبق فصار كأرش الطرف بخلاف الغلة فانها بدل سائر المنافع وهي غير منزلة منزلة الاجزاء الى هذا الموضع انتهت طريقتهم المعتمد بالتخريجات والإحترازات .

وقد قال مشايخهم : ان الولد موجب العقد فلايجوز أن يرد الأصل ويسلم له موجب العقد ، كما لايجوز أن يرد المبيع ويسلم له الملك أو اليد ، والدليل على ان الولد موجب العقد ان رجلا لو باع جارية من انسان فولدت ولداِ ثم استحقت الجارية وضمن المستحق المشتري قيمة الولد فانه يرجع بقيمة الولد على البائع وانما يرجع لأنه موجب العقد وقد ضمن البائع للمشتري سلامة موجب العقد له فاذا لم يسلم إلاّ بعوض يرجع بالعوض الذي اخذ منه على البائع .

الجواب :

أما دعواهم : ان الولد مبيع ففي نهاية البعد على ما سبق بيانه .

وقولهم : " ان الولد جزء من المبيع فيكون مبيعاً " .

قلنا : اثبات الجزئية بعد الانفصال لايمكن ، والكلام فيما بعد / الإنفصال فأما الولد قبل الإنفصال فربما يقول انه مبيع فيما اذا ٩٧/ب اشترى جارية حاملاً ويقابله بعض الثمن .

يبينه : ان العلماء اختلفوا في الولد قبل الإنفصال انه جزء أم لا ؟ ولاخلاف انه بعد الإنفصال إنه ليس بجزء .

وقولهم " ان الفرع يكون على وفاق الأصل " .

قلنا : هو بعد الإنفصال أصل مثل أصله فلايكون من ضرورته أن يكون مبيعاً كالأصل .

وقولهم : " انه معنى ثبت في المحل ثباتاً مؤكداً فوجب ان يسري الى الولد " .

قلنا : سراية المبيع غير متصور ، لأن البيع عبارة عن فعل فاعل في محل ، ومتى وجد الفعل من الفاعل في محل كيف يسري ذلك الفعل الى الولد الذي ينفصل عنه ؟ .

فان قالوا : وجب أن تسري صفة المبيعية .

قلنا : القول بالسراية غير ممكن لما بينا ان المبيع ما يملكه بعقد البيع بعوضٍ يقابله وهذا لايتحقق في الولد بحال .

وقولهم " ان الولد يملك بعقد البيع بواسطة ملك الأصل " .

قلنا : هذا انما يعتبر أن لو كان ملك الأصل غير مستقل باثبات الملك في الزوائد الحاصلة منه بواسطة ، وملك الأصل كافٍ في اثبات الملك في الزوائد فلايتعدى منه الى التعلق بالسبب والذي اعتمدنا عليه في نفي المبيعية بنفي العوض في مقابلته في غاية القوة .

وقولهم : " انما ثبتت المبعية تبعاً " .

ليس بشئ ، لأنه انما يمكن ذلك ان لو كان موجودة عند البيع تبعاً ولما اذا لم يكن موجوداً عند البيع لا أصلاً ولاتبعاً ، فكيف يمكن ؟ وبهذا فارق الأطراف، لأنها موجودة عند البيع تبعاً فكانت مبعية تبعاً .

وقولهم : " انه انتهى الضمان بالقبض " .

قلنا : اذا انتهى الضمان بالقبض وجب أن تنتهي المبيعة أيضاً لأنه لايوجد مبيع لايقابله ضمان الثمن بحال .

وأما قولهم " انه مبيع من وجه لا من وجه " .

قلنا : لانسلم ، بل ليس بمبيع بوجهٍ ما على ما سبق ، وعلى ان الذي قالوا ان المبيع بغير عوض ربا فاسد اعتباره في هذه المسألة لأن فوات العوض المقابل انما يكون ربا إذا كان في ابتداء العقد ، وأما اذا كان في حال البقاء فلا، ألا ترى انه يجوز أن يبرئ عن العوض واذا ابرئ عن العوض فقد سلم له المبيع بلا عوض ولكن لما لم يكن في ابتداء العقد لم يؤثر ، وعلى انه يبطل ما قبل الرد فانه سالم بلا عوض ولايكون ربا .

وقولهم : " انه سلم تبعاً " .

قلنا : وبعد الرد لايصير أصلاً بل هو باقٍ على التبعية إلاّ انه تابع لمبيع سبقت له المبيعية .

واذا بينا الجواب عن معانيهم لم يبق إلاّ تعلقهم بالمملوكية وأم الولد والمدبرة اذا ولدتا ولداً يكون الولد مثلهما ولانسلم إلاّ في هاتين المسألتين .

فأما ولد المدبرة لانسلم انه يكون مدبراً ، وكذا ولد المكاتبة لايكون مكاتباً حتى لايسعى على النجوم ، وانما يعتق الأولاد مع المكاتبة ، لأن عقد الكتابة اقتضى استحقاق الإكتساب والأولاد واستحقاق الأولاد كذا يكون بأن يعتق مع عتق المكاتب .

ويقال لهم على ولد المملوكة وأم الولد لما ثبت فيهما حق الملك وحق الإستيلاد ثبت مثل ما يثبت في الأصل فلو ثبت صفة المبيعية للولد ليثبت على الوجه الذي ثبت في الأصل ، وبالاجماع لايثبت على ذلك الوجه ، بدليل انه لايقابله الثمن فسقط التعلق بالمسألتين جدلاً من هذا الوجه .

والجواب من حيث التحقيق : ان صفة الملك انما تثبت في الولد ضرورة ، لأن المملوكية والحرية صفتان للأصل لازمتان للمحل لايتصور خلو المحل عن احدى هاتين الصفتين فاذا ولدت المرأة ولداً فلابد ان يثبت للولد احدى هاتين الصفتين وان كانت الأم حرة ترجحت صفة الحرية وان كانت الام رقيقة ترجحت صفة المملوكية ، لأنها صفة أصله الذي خلق منه ، وبهذا الطريق اثبتنا هذه الصفة للولد لا بالوجه الذي قالوه ، وهذا لايوجد في صفة المبيعة ، لأنها ليست بصفة لازمة للمحل ، لأنه يجوز أن يخلو المحل عنه ، انما هي صفة للمحل بعارض بدليل وهو البيع وقد وجد ذلك في الام لا في الولد فصار الولد مملوكاً لابصفة المبيعية .

والحرف ان صفة المبيعية زيادة على صفة المملوكية بعارض فعلٍ يجوز أن تخلو المملوكية عنها .

وكذا الجواب عن أم الولد ، لأن الإستيلاد لايسري انما يسري حق العتق وهذا الحق في المحل نزل منزلة حقيقة العتق في بعض الأحكام ، فهو أيضاً صفة لازمة للمحل .

فإن قالوا : وجب أن تقولوا بكون أم الولد مملوكاً لاحق له في العتق .

قلنا : قد بينا انه قد نزل حق العتق منزلة حقيقة العتق في الاستحقاق فترجحت هذه الصفة على غيرها لكون الأصل على هذه الصفة ، وصارت كحرة ولدت ولداً .

وتمسلك الأصحاب / بفصل الكسب ، وفرقهم واضح جداً اذا استشهدوا ٩٨/أ بأم الولد .

وقولهم : " ان الولد موجب العقد " .

قلنا : قد ذكرنا انه فرار من الزحف لا الى فئة ، ولاتعرف عين لاتكون مبيعة ويكون موجب البيع ، وفصل الرجوع بقيمة الولد انما كان بالغرور الحاصل بالبيع

لابما قالوه على ما عرف . والله تعالى أعلم .

مسألة

التصرية [١] سبب مثبتة للرد عندنا . [٢] .

وعندهم : ليست بسبب الرد بحال . [٣]

وتفاصيل المذهب معروف ، ولامعنى للاشتغال بها .

لنا :

---

(١) التصرية : قال الخطابي في المعالم ، قال الشافعي : التصرية : ان تربط أخلاف الناقة والشاة ، وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيراً ويزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها فاذا حلبها بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف ان ذلك ليس بلبنها وهذا غرور للمشتري " اهـ انظر : المعالم ٧٢٢/٣ .

(٢) النكت ورقة ١٣٧/أ ، المهذب : ٣٧٤/١ ، روضة الطالبين : ٤٦٧/٣ ، تكملة المجموع للسبكي : ١٨٧/١١ ، ١٨٨ ، النووي على مسلم : ١٩٧/١٠ ، معالم السنن : ٧٢٢/٣ ، شرح السنة للبغوي ١٢٥/٨ .

وهو قول الحنابلة والمالكية ، المقنع : ٤٢/٢ ، ٤٣ ، الافصاح : ٣٤٥/١ ، قال في المغني : روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وابي هريرة وأنس واليه ذهب مالك وابن ابي ليلى والشافعي واسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم .... " اهـ ٢١٦/٦ .المنتقى للباجي ١٠٤/٥ ، الاشراف للبغدادي ٢٦٧/١ ، الكافي في فقه أهل المدينة : ٧٠٧/٢ .

(٣) الاسرار ورقه : ١٠٦/٢/ب ، مراد ملا ، المبسوط : ٣٨/١٣ ، كشف الاسرار : ٣٨١/٢ .

حديث أبي هريرة ان البين ﷺ قال (لاتصروا الابل ولا الغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا [١] ان رضيها امسكها وان سخطها ردها ورد معها صاعاً من تمر) . [٢]

والخبر في الصحيح ، ولا تأولي لهم للخبر أصلاً ، لأنه مُفَسّر مُفَصّل في محل الخلاف. واعلم انهم اضطروا في الاعتراض على تعلقنا بهذا الخبر بما يشبه الطعن على أبي هريرة ، وقالوا انه كان متساهلاً في الرواية ولم يكن فقيهاً فلا يقدم الخبر الذي يرويه على القياس الجلي . [٣]

والحقوا انس بن مالك وجابر بن عبد الله وامثالهما بأبي هريرة رضي الله عنهم وذكروا عن علي وعائشة [٤] انهما انكروا على أبي هريرة كثرة الرواية ونسباه الى نوع تزيد .

---

(١) هذه اللفظة ليست في البخاري بل في مسلم .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٣٦١/٤ ، مع الفتح ، باب النهي للبائع ان لايحفل الابل والبقر والغنم . ومسلم في صحيحه : ١٠/ ١٦٠ ، ١٦٦ مع النووي ، باب حكم التصرية .

وأبو داود في سننه : ٧٢٢/٣ مع المعالم ، باب من اشترى مصراة فكرهها .

والنسائي في سننه : ٢٢٣/٧ ، باب النهي عن المصراه .

والامام مالك في الموطأ : ٥/ ١٠٠ ، مع المنتقى باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة .

والامام أحمد في مسنده : ٢٤٢/٢ ، ٤١٧ ، ٤٦٠ ، ٤٦٥ .

(٣) انظر : المبسوط : ٤٠/١٣ .

وقال المؤلف في القواطع : ان أول مَنْ قال بذلك عيسى بن أبان البصري ، ورقه ١٢٠/ب مخطوط .

(٤) ذكر ذلك ابن كثير في البداية : ١١١/٧

وقالوا أيضاً من وجه آخر : ان هذا خبر واحد يخالف الأصول المجمع عليها وفسروا ذلك ، وقالوا : الخبر يتضمن تقويم اللبن بالصاع من التمر من غير زيادة ولا نقصان ويتضمن اثبات عوض في مقابلة لبن حادث بعد العقد ، وهذه الأحكام مخالفة للأصول المجمع عليها ، والإجماع يوجب العلم ، وخبر الواحد يفيد الظن فلا يقدم ما يوجب الظن على ما يوجب العلم .

والجواب :

(أما تلويث اللسان بالطعن على الصحابة أو بما يشبه الطعن ليس من علامة السعادة بل نقطع انه ابتداع وضلالة وخذلان من الله تعالى لعبده)[١] فان الله تعالى اذا خذل عبداً من عبيده سهل له الطريق الى مثل هذه الظلمات وواقعه في هذه الورطات وألقاه في مثل هذه المهالك والمتالف ، وعلى مَنْ يشفق على دينه أن يحترز عن هذا واشباهه .

وقد قال ﷺ (لاتذكروا احداً من اصحابي إلاّ بخير فلو انفق احدكم ملء الارض ذهباً لم يدرك مدّ احدهم ولا نصفه " .[٢]

يعني (أجر ما أنفق من مدّ أو نصف مدّ) .

وأبو هريرة من بين الأصحاب مخصوص بملازمة رسول الله ﷺ آنــــاء الليل

---

(١) ما بين القوسين نقله ابن حجر في الفتح ٤/ ٣٦٥ ،عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة .

(٢) ذكره في كشف الاسرار : ٢/ ٣٨٤ .

رواه البخاري في صحيحه : ٧/ ٢١ مع الفتح ، باب قول النبي ﷺ بلفظ " لاتسبوا أصحابي " . ومسلم في صحيحه : ١٦/ ٩٢ مع النووي ، باب تحريم سب الصحابة . وأبو داود في سننه : ٥/ ٤٥ مع المعالم ، باب فضل أصحاب النبي .

واطراف النهار [١] ، ودعا الرسول له بالحفظ حتى صار بحيث لاينسى شيئاً مما ذكره رسول الله ﷺ [٢] ودعا له أيضاً أن يحببه الله تعالى الى عباده المؤمنين[٣] فحبّه سنة والثناء عليه علامة السعادة وبغضه بدعة والإزراء عليه علامة الشقاوة .

وما ذكروا عن علي وعائشة فلا يثبت نصاً عن احد من الصحابة انه نسبه الى الكذب . نعم ، كانوا يعاتبونه احيانا لكثرة الرواية عن رسول الله ﷺ ، وذكر هو عذره في ذلك ، وملازمته النبي ﷺ فانه كان يشغل المهاجرون صفقتهم في الأسواق ويشغل الأنصار عملهم في اموالهم . [٤]

وبعد فلاينبغي لنا ان نتبع ما وجد من الصحابة من المخالفة والمشاجرة وقول بعضهم في بعض بل علينا ان نتولى الكل ونَكِلُ ما حدث بينهم الى الله تعالى وقد قال محمد بن اسماعيل البخاري : وروى عن أبي هريرة سبع مائة من أولاد

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٢١٣/١ ، مع الفتح : باب حفظ العلم .

(٢) رواه البخاري في صحيحه : ٢١٥/١ مع الفتح ، باب حفظ العلم .

(٣) رواه مسلم في صحيحه ٥٢/١٦ مع النووي باب فضائل ابي هريرة رضي الله عنه . وأحمد في مسنده ٣١٩/٢ ، ٣٢٠ .

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٢١٣/١ مع الفتح ، باب حفظ العلم . ومسلم في صحيحه ٥٣/١٦ ، مع النووي ، باب فضائل ابي هريرة رضي الله عنه . وأحمد في مسنده ٢٤٠/٢ ، ٢٧٤ .

المهاجرين والانصار " . [١]

وقال اسحاق الحنظلي : ثبت عندنا من الأخبار في الأحكام ثلاثة ألف [٢] حديث يروي أبو هريرة ألف وخمسمائة حديث " .

وأما الذي قالوا ان هذا الخبر مخالف للأصول المجمع عليها .

قلنا : الخبر اذا ورد صار أصلاً من الأصول ولايجب عرضه على أصلٍ مّا ، لأنه يكون رد الخبر بالقياس ، فانه لا اجماع في المصراة ، انما الإجماع في مثل هذه الحادثة ، وقد امتازت هذه الحادثة من بين سائر الحوادث بالخبر الصحيح فيها ، والذي قلتم محض قياس ، لأنه قياس هذه الحادثة على سائر الحوادث فأردتم أن تردوا الخبر بالقياس على هذه الوجه وهو باطل باتفاق الأصوليين ، لأن السنة مقدمة على القياس بلاخلاف وان خالف مخالف فلايعبأ بقوله .

كيف وأبو حنيفة يقدم قول الواحد من الصحابة على القياس فكيف لايقدم الخبر الثابت من صاحب الشرع ؟ وقد عصم عن الخطأ وقال ما قال عن وحي من الله تعالى / وآراء الرجال يدخل فيها الصواب والخطأ والانتقاص والتزيد ٩٨/ب والسهو والقصد والغفلة فلم يجز أن يقدم مثل هذا على قول النبي ﷺ ، وقد دل على ما قلناه حديث معاذ المعروف في الباب .

(١ ، ٢) ذكره في كشف الاسرار : ٢/٣٨٣ .

وذكر ابن حجر في الاصابة : ٤/٢٠٣ .

وذكره ابن عبد البر في الاستيعاب : ٤/٢٠٦ (مع الأصابة) .

وقد قال بعضهم : [(١)]

دين النبي محمد آثـــــار نعم المطية للفتـــى الأخبار .

ولربما غلط الفتى سبل الهدى والدين واضحة لهـا أنـــوار

لا تغفلن عن الحديث وأهلـــه فالرأى ليل والحديث نهـــار

ونسأل الله العصمة والثبات على السنة بمنه ، والمعتمد على هذا الخبر .

وأما القياس مسلم لهم { لأنهم يدعون ان التصرية ليست عيباً من حيث انها ليس إلاّ جمع اللبن واجتماع اللبن لايكون عيباً فكذا جمعه لايكون عيباً ، ولأن التصرية ليست إلاّ إخفاء غزارة اللبن ونزارة اللبن ليست بعيب فإخفاء الغزارة لايكون عيباً } . [(٢)]

قالوا : { ولايجوز الرد باعتبار الغرور ، لأن العادة جرت ان الناس يفعلون هذا الفعل للترويج ، والمشتري اذا ظنه حقيقة فهو الذي غرَّ نفسه واغتر بفعله ، وطمع في غير مطمع فكان وبال ذلك عليه .

قالوا : ودعوى مَنْ يقول : ان اظهار الغزارة بفعل التصرية بمنزلة شرط الغزارة

---

(١) روى هذه الأبيات ابن عبد البر في كتابه (جامع بيان العلم وفضله ٣٥/٢) عن ابي عبد الرحمن عبد الله بن احمد بن حنبل عن ابيه ولفظها :

دين النبي محمد أخبـــار نعم المطية للفتى آثـــار

لاترغبن عن الحديث وآلـــه فالرأي ليل والحديث نهـــار

ولربما جهل الفتى أثر الهـــدى والشمس بازغة لها أنـــوار

(٢) ما بين القوسين نقلاً من الاسرار : ٢/١٠٧/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة .

مـجـرد الدعـوى لادليل عليـه } [١] ولهم سـوى هذا كلمـات أخر فـاقـتـصـرنا على هذا ، لأن الأولى نـسلم القـيـاس لهم وأن لانشـرع فـيـه أصلاً ونعـتـمـد على السنة المذكورة . والله اعلم

---

(١) مـا بين القوسين نقلا من الاسـرار : ٢/١٠٧/أ (مـراد مـلا) مع بعض التـصـرف في العبارة .

﴿ مسألة ﴾

يجوز لاحد المشترين للعبد وغيره أن ينفرد بالعود بخيار العيب وبخيار الشرط[١] وهو قول أبي يوسف ومحمد .[٢]

وعند أبي حنيفة : ليس له ذلك إلاّ أن يساعده صاحبه .[٣]

لنا :

أن الخيار ثابت لهما ولو اجتمعا على الخيار كان كل واحد منهما مستوفيا حقه على الخلوص فاذا انفرد احدهما بالإستيفاء كان له ذلك ، ولم يشترط مساعدة الآخر إياه .

دليله : الديون فان لكل واحد منهما ان ينفرد باستيفاء حقه الذي له ، ولايشترط أن يساعد الآخر إياه ، وهذا لأن في شرط مساعدة الآخر إياه تفويت حقه ، لأنه ليس في وسعه مساعدة صاحبه له فيجوز إلاّ يساعده أبدا ، وتعليق استيفاء حق صاحب الحق على ما ليس في وسعه تحصيله تفويت واسقاط وهو نظير ما قاله اصحابنا في قطع اليد قصاصاً : انه يطلق استيفاؤه من غير أن يشرط عليه عدم السراية ، لأن وقوف القطع ليس في وسعه فلم يجز تعليق

---

(١) المهذب ٣٧٧/١ ، النكت ورقه ١٣٨/ب ، روضة الطالبين : ٤٨٧/٣ .
وهو رواية عن الامام مالك ، انظر : الاشراف للبغدادي ٢٦٩/١.

(٢) إيثار الإنصاف ص ٢٠٩ .

(٣) الاسرار ٩٩/٢/ب مراد ملا ، إيثار الإنصاف ص ٢٠٩ .
وهو الرواية الاخرى عن الامام مالك ، انظر : الاشراف للبغدادي : ٢٦٩/١ .

الإستيفاء به إذ في تعليق الإستيفاء به تفويت الحق واسقاطه فلم يجز كذا هاهنا والأصحاب قالوا : رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فصح كما لو كان منفرداً بالشراء .

يبينه : انه لو اشترى عبداً على أنه بالخيار في نصفه يجوز له رد نصفه كذا هاهنا بل هذا أولى ، لأن هناك رد جميع ما ثبت له الخيار فيه لكنه لم يرد جميع ما اشتراه ، وهاهنا رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فلأن يجوز أولى وعندي ان الأول أحسن وأقرب الى تضيق الكلام عليهم .

وأما حجتهم :

قال بعضهم [١] : محتجا في هذه المسألة برد احدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فلا يجوز ، كما لو قال لرجلين بعت منكما هذا العبد فقبل أحدهما دون الآخر فانه لايصح لهذا المعنى .

وقالوا : قولنا " قبل التمام " جاري في جميع فصول الخلاف إلاّ في الرد بالعيب بعد القبض فان من مذهبهم ان خيار الشرط وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة قبل القبض وبعده ، وأما خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض ولايمنع تمامهما بعد القبض ، ولهم على هذا تفريعات ، وتعلقهم في هذه الطريقة بالمسألة التي قاسوا عليها .

وأما المعتمد لهم : هو انه وجد ههنا مانع من الرد وهو عيب الشركة ، ولايجوز الرد بالعيب مع عيب لم يكن في ملك البائع والدليل على ان الشركة عيب انه لو اشترى عبداً فاستحق نصفه فله ان يرد الباقي بالعيب ، ولأن الرجوع في

---

(١) الدبوسي في اسراره : ٢/١٠٠/أ (مراد ملا) .

معرفة العيوب الى أهل التجارة والبصارة وهم يعدون الشركة في الأعيان المجتمعة عيباً ، إلاّ ترى ان العبد والجارية يشتري جميعه بالألف ولايشتري نصفه مشاعا بخمسمائة واما الشركة في المكيل والموزون فزعم بعضهم : انها عيب أيضاً ، لأن المكيل والموزون وان كثر فجميعه بمنزلة الشئ الواحد ، كذلك الموزون ، ولهذا لو اشترى صبرة فوجد بطرفها عيباً فله أن يرد جميعها .وقال بعضهم : ان الشركة فيها ليست بعيب ، وعلى هذا زعموا ان اثنين / ٩٩/أ لو اشتريا صبرة فوجدا بها عيباً فلاحدهما أن يرد نصيبه ، والمذهب لهم الأول .

قالوا : واذا عُلم أن الشركة عيب فقد خرج العبد عن ملك البائع جملة بلا شركة لأحد فاذا رد احدهما نصفه فقد رد مع عيب الشركة فلم يعد الى ملك البائع كما خرج عن ملكه ففات شرط الرد واذا فات شرط الرد امتنع الرد .

قالوا : ولايجوز أن يقال : ان هذه الشركة حصلت بفعل البائع فلا يمنع الرد عليه ، لأنه يقال : لا بل حصل بفعل المشتري ولئن حصل بفعل البائع ففعله في اثبات الشركة لو منع الشركة من ان تكون مانعة من الرد لكان بسبب انه صار راضياً بهذا العيب وهذا الرضا وان وجد من البائع ، ولكنه رضي بهذا العيب في ملك المشتري لا في ملك نفسه ورضاه بالعيب في ملك المشتري لايكون رضا بالعيب في ملك نفسه ، كما لو عيب حقيقة بالجناية على المبيع .
وبهذا الطريق اعترضوا على قول مَنْ قال من أصحابنا : ان الشركة مقتضى البيع ولايمنع الرد ، لأن مقتضى البيع هو الشركة في ملك المشترين لا في ملك البائع والشركة المانعة شركة بين البائع والمشتري .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان البائع لما باع منهما مع علمه انهما ربما ينفقان على الرد وربما لايتفقان فقد رضى برد كل واحد منهما عليه .

قال : هذا ليس بشئ ، لأن الرضا حقيقة لم يوجد فلو ثبت لثبت بالإستدلال ، وانما يكون ما قلتم دليل الرضا لو لم يتصور موافقة صاحبه اياه في الرد فاذا تصورّ لم يكن بيعه منهما دليلاً على الرضا .

قالوا : ولايجوز أن يقال انكم منعتم من الرد لدفع الضرر عن البائع وقد اضررتم بالمشتريْ بالزامه ما اشتراه مع العيب .

قال : بلى ، ولكن دفع الضرر عن البائع أولى ، لأن الذي يلحق المشتري ضرر ينجبر بالأرش والذي يلحق البائع لاينجبر بشئ فدفع أشد الضررين أولى ، ولأن الضرر الذي يلحق البائع ضرر يلحق من جهة المشتري قصداً ، لأنه يرد عليه النصف قصداً ، والذي يلحق المشتري لايلحق من قبل البائع قصداً بل انما يلحقه بفقدان شرط الرد أو بعدم مساعدة الآخر اياه فكان دفع ضرر ثبت قصداً أولى من دفع ضرر ثبت حكماً .

قالوا : واما الذي قلتم ان في منع الرد تعليق استيفاء الحق بشرط ليس في وسعه ايجاده يبطل بما لو اشتريا وشرطا الخيار على ان لايرد إلاّ معاً وعلى ان الخيار لجواز أن يوافقه صاحبه والرد يمتنع عند عدم الموافقة لفوات شرطه .

الجواب :

أما الأول فقد قال كثير من أصحابنا ان في مسألتنا وجد عقدان .

وزعموا أن العاقد متى تعدد من احد الجانبين يصير العقد بمنزلة العقدين محسوساً ، ولافرق بين أن يقول : بعتُ منكما هذا العبد بألفٍ وبين أن يقول : بعتُ من هذا نصفه بخمسمائة ومن هذا نصفه بخمسمائة ، ومَنْ سلك هذا منع المسألة التي تعلقوا بها ، وقال : اذا باع عبداً من اثنين يجوز لاحدهما أن يقبل وان امتنع صاحبه على أحد قولي الشافعي .

واستخرج هذا المنع من مثل هذه المسألة من مخالعة المرأتين ، وقال : على أحد

قولي الشافعي يجوز لاحدى المرأتين أن تقبل الخلع ، وان لم توافقها الأخرى كذا في مسألتنا في البيع .

وهو طريقة سقيمة لايمكن تمشيتها ، وَمَنْ اعتمد عليها فلضعفه في معرفة المعاني ، وذلك لأن قوله بعت منكما هذا العبد فالعقد في جانبه ، وقوله " بعتُ " وهذه كلمة واحدة من واحد فكيف يتصور عقدان ؟ نعم ، في جانب المشتري بمنزلة عقدين لتعدد الكلام وتعدد العاقد ، وفي جانب المشتري واحد ولأنه لو جاز أن يجعل العقد كعقدين لتعدد المشتري جاز أن يجعل كذلك لتعدد المبيع فينبغي لقائل هذا أن يقول لو باع عبدين من واحد وقيمتهما سواء أن يجعل كعقدين وان يجوز أن يرد احدهما بالعيب ، فأي فرق بين ان يقول بعت هذين العبدين بألفٍ وبين أن يقول " بعت هذا العبد بخمسمائة وهذا بخمسمائة ولئن ارتكب مرتكب هذا في العبدين فيلزمه في العبد الواحد في النصف والنصف ، وكذا في المكيل والموزون لايرتكب أمثال هذا إلاّ مجازف ومنع المسألة المقيس عليها قياساً على الخلع بعبدٍ واحداً ، لأن البيع تبين في منع الخلع ، فإن البيع معاوضة محضة ، والخلع معاوضة مشوبة بالاسقاط وفي المطعومات / يعتبر تحقيق المقابلة ، وتحقيق المقابلة انه اذا أوجب المماثلة في ٩٩/ب الكل يقبل الكل ، ولأنا اذا جوّزنا لأحد المشتريين أن يقبل في النصف أدى إلى الإضرار بالبائع لأن للملاّك في الجملة مقاصد ، فالبائع انما رضى بخروج المبيع عن ملكه جملة ولايجوز أن يبطل عليه تصرفه ومقصوده أصلاً .

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وان كانت واحدة ولكن يجوز لاحدهما أن يرد لما بينّا أن الخيار ثابت لهما وهو حق مشروع فيمكن من استيفائه على وجهٍ لايؤدي الى تفويت واسقاط ، ولأن مَنْ قال ان تفريق الصفقة لايجوز قبل التمام ويجوز بعد التمام مدعى ليس عليه دليل فاذا جاز بعده جاز قبله ، ولأنه اذا

شـرط الخـيـار فـي نصف العـبـد والمشـتـري واحـد ، لـه أن يرد بالإتفـاق وان فـرق الصفقة .

وأما الجواب عن الطريقة الثانية وزعموا انها المعتمد نقول : مسلم ان الشركة عيب ولكن الشركة التي كانت قد زالت وهي التي كانت بين المشتريين والذي وجدت بين البائع والمشتري الآخر انما وجدت بعد الرد فكيف يمنع الرد ؟ فان قالوا : أصل الشركة مستمرة .

يبينه : أن الشركة بين المشتريين زالت الى مثلها وهي بين البائع والمشتري فصار كأنها لم تزل .

قلنا : الشركة تكون بين شخصين فاذا اختلف الشخصان اختلف الشركة .

وقولهم : " زالت الشركة الأولى الى مثلها " .

قلنا : نعم ، ولكن الأولى قبل الرد ، والثانية بعده ، فالأولى لاتمنع لزوالها والثانية لاتمنع لعدم وجودها .

فإن قالوا : يمنع الرد حتى لايثبت عيب الشركة ، وهذا لأن الرد معيب للمبيع فالعيب اذا منع فالمعيب يمنع منه .

قلنا : الرد لايعيب المبيع انما الرد يعيد المبيع الى ملك البائع ثم الشركة تثبت باختلاف الملكين ، ولأن العيب عندكم مانعة من الرد والمعلول لايسبق العلة ، وهذا جواب في نهاية الإعتماد .

ونبين بهذا الجواب انه لامانع . ونقول في تمشية الطريقة الأولى ان الشرع لما جعل لكل واحد منهما الخيار ، وفي اثبات الخيار لكل واحد منهما تمكينه من استيفائه ، والعيب مانع من الرد ، دلنا ثبوت الخيار انه لامانع من الرد بالطريق الذي قدمنا .

وأجاب الأصحاب عن قولهم : " انه خرج من ملكه جملة " .

قالوا : الرد انما يلاقي ملك المشتري وملكه متفرق فيعتبر جانبه لاجانب البائع ، كما لو اشترى اثنان شقصاً ثم جاء الشفيع له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لأن اخذه يلاقي ملكه فيعتبر تفرق ملكه لا اجتماع ملك البائع ، كذا ههنا .

وبهذا يقع الإنفصال فيما لو خاطب اثنين ببيع عبد فقبل أحدهما حيث لايجوز ، لأن قبول المشتري في هذه المسألة يلاقي ايجاب البائع ، وايجاب البائع جملة فلم يجز التفريق ، وفي مسألتنا الرد يلاقي ملك المشتري ، لأنه هو الموجود ، والرد لايستدعي إلاّ محل الرد ، ومحل الرد متفرق فلم ينظر الى اجتماعه في ملك البائع وهذه جواب لابأس بها ، والإعتماد على ما سبق . والله تعالى أعلم .

« مسألة »

البيع بشرط البرأة من العيوب باطل في أصح الأقوال .[١]

وعندهم : البيع صحيح والشرط صحيح .[٢]

والمسألة مبنية على أن الإبراء عن الحق المجهول هل يصح أم لا ؟

عندنا : لايصح .[٣]

وعندهم : يصح .[٤]

---

(١) مختصر المزني مع الأم : ١٩٨/٢ ، المهذب ٣٨٢/١ ، روضة الطالبين ٣/ ٤٧٠ ، ٧٤١ ،المنهاج مع شرحه : ٥٣/٢ ، وعندهم في المسألة طريقان :

الطريق الأول : أن في المسألة ثلاثة أقوال :

القول الأول : انه يبرأ من كل عيب .

القول الثاني : لايبرأ من شئ من العيوب .

القول الثالث : انه لايبرأ إلاّ من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لايعلم به البائع ... " اهـ المهذب ٣٨١/١ .

الطريق الثاني : ان في مسألة قول واحد : وهو انه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لايعلم به ولايبرأ من غيره ٢٨٢/١ وهو رأي المالكية : الاشراف : ٢٧٢/١

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨١ ، المبسوط ٩١/١٣ ، البدائع : ٣٠٨٠/٧ ، ٣٣٢٤ ، فتح القدير : ٣٩٦/٦ ، ٣٩٧ ، رؤوس المسائل : ص ٢٩٦ ، مختصر القدوري مع الجوهرة ٢٥٧/١ ، مختلف الرواية ورقه ١٥٨/ب .

(٣) المهذب ٣٨٢/١ .

(٤) بدائع الصنائع : ٣٠٨٠/٧ ، ٣٣٢٥ .

لنـــا :

ان المغلب على الإبراء معنى التمليك ، ويجوز أن يقال ان الإبراء تمليك مطلقاً فلم يصح في المجهول .

ودليل انه تمليك : ان الديون في الذمم منزلة في الشرع منزلة الأعيان في الأيدي بدليل أصل ملكها مثل ثبوت أصل ملك الأعيان ، ولأن الديون في البياعات مثل الأعيان ، لأن البيع تمليك مال بمال .

واذا اشترى عينا ممن في ذمته يصح عُلم انه مال بمال فصار العين مالاً حساً ، والدين مال حكماً .

يبينه : انه لو اشترى صاحب الدين ممن عليه الدين شيئاً بدينه فانه يصح ، وانما يصح بناء على انه مال ، ويدل على انه لايصح تعليقه بالشروط والأخطار مثل التمليكات سواء .

واذا ثبت انه مال ، والسبيل المشروع في الأموال هو التمليك دون الاسقاط بدليل الاعيان والجهالة في التمليكات مبطلة للتمليك ، وقد دللنا على هذا في مسألة بيع الغائب .

واذا ثبت هذا الأصل فنقول في مسألتنا حق الرد بالعيب بناء على ملك الحر الفائت حكما واستحقاقه فاذا تعذر الوصول اليه ثبت / رد الأصل ١٠٠/أ وفسخ العقد ليعود الى رأس ماله الذي كان له فهو بشرط البراءة تبرئة عن حقه في ذلك الجزء وهو مجهول وقد بينا ان الإبراء تمليك فيصير كأنه ملك جزءاً من عين في ذمته بالعقد واستحق تسليمه اليه وقد ملكه ذلك الجزء بالإبراء فبطل لفوات شرط الصحة وهو الإعلام .

وأما حجتهم :

قالوا :-الإبراء محض اسقاط فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق ، والدليل على انه محض إسقاط صحته بلفظ الإسقاط [١] .

ويدل عليه : انه لايفتقر الى القبول ولو كان تمليكاً لم يصح إلاّ بالقبول كسائر التمليكات ، ولأن التمليك يستدعي شيئاً يملكه والدين في الذمة معدوم حسا لايتصور تمليكه شرعاً ، وانما ثبت لنوع ضرورة فلا تعدو موضع الضرورة ، وفي ثبوته ضرورة ثبتت ولاضرورة في صحة تمليكه فلم يصح ، وكان اسقاط محض ونزل منزلة الطلاق والعتاق فانه اسقاط محض بالإتفاق .

وقد سلك بعضهم طريقة الشبهين قالوا : هو يشبه التمليك من وجه والإسقاط من وجهٍ فلشبهه بالتمليك لم يصح تعليقه بالغرور والخطر ولشبهه بالإسقاط صح في المجهول.

ومعتمدهم ما بينا من قبل انه إسقاط محض .

وقالوا : انما قلنا ان جهالة الساقط لايمنع صحته ، لأن الجهالة في التمليكات غير فادحة لعينها على ما سبق ، لكن انما عملت وقدحت فيه لأنها توقع في منازعة مانعة من التسليم والتسلم ، وهذا المعنى يتحقق في الأعيان التي يملكها ، أما الإسقاط فلا يتصور فيها هذا المعنى ، لأن الساقط يتلاشى في الحال ، وليس بمحل التسليم حتى يكون محل المنازعة فلم تقدح فيه الجهالة أصلاً ، وصار الإبراء بهذا الوجه نظير الطلاق والعتاق ، واذا ثبت هذا الأصل

---

(١) انظر المبسوط : ٩٣/١٣ ، فتح القدير : ٣٩٧/٦ .

فنقول في مسألتنا :

ان الثابت للمشتري حق الرد بالعيب وهو بالشرط مسقط هذا الحق وليس فيه تمليك بوجهٍ ما فلم تقدح الجهالة فيه .

وقد قال بعضهم : انه بشرط البرأة من العيوب قاصد الزام العقد والعقد يعقد على الجواز تارة وعلى اللزوم أخرى بل الأصل هو اللزوم في البياعات فصح الشرط في هذا الموضع وظهر عمله في لزوم العقد والتحق هذا العقد بالعقد الذي لاعيب فيه أصلاً.[١]

وقال بعضهم : ان الرد بالعيب لإلحاق الضرر بالمشتري بغرور البائع اياه فانه اذا باع الشئ واطلقه فقد اطمعه السلامة في المبيع فاذا لم يجده ذلك يرد اليه دفعاً لضرر الغرور عن نفسه ، ولكن وبال الغرور على الغارّ ، وهذا المعنى لايوجد اذا شرط البرأة عن العيوب أجمع فسقط حق الرد .

الجواب :

قد سبق وجه الكلام في المسألة .

قولهم " انه اسقاط محض " .

لايصح بالوجه الذي ذكرنا .

قولهم " انه يصح بلفظ الإسقاط " .

قلنا : هو عندنا كناية عن التمليك ، ووجه صحة الكناية فيه انه لما كان تمليكه منه يقتضي سقوط الحق وبرأة ذمته منه ، استقام جعله كناية عنه .

يبينه : ان الهبة تكون كناية عن الإسقاط في الطلاق والعتاق فكـــذا الإسقاط

---

(١) انظر : المبسوط : ٩٣/١٣ .

والإبراء يجوز أن يجعل كناية عن الهبة .

وأما قوله : " انه لاتفتقر صحته الى القبول وأنا لانسلمه على أحد الوجهين " وعلى انه يعارض على أصولهم ، ويقال قد قلتم ان الإبراء يرتد بالرد ولوكان إسقاط لم يرتد كالطلاق والعتاق ثم نقول : ان الإبراء تمليك في حق صاحب الدين إسقاط في حق مَنْ عليه ، وهذا وجه جيد من حيث النظر الى المعنى ، لأن الدين مال من الأموال ، وانما ظهر شرعاً كونه مالاً في حق صاحب الدين حتى يعتاض عنه ويبذل المال في مقابلته شرعاً ، فأما مَنْ عليه الدين فليس إلاّ انه يطالب بمال ثم عند اعطائه المال يصير في معنى المملك لعين من أعيان ماله ابتداءً ، فأما بمجرد وجوب الحق عليه فليس يظهر في حقه شئ لم يكن من قبل إلاّ بوجه المطالبة عليه بتمليك عين .

واذا ثبت ان الدين مال في حق صاحب الدين كان أبرأه تمليكاً منه واذا لم يكن مالاً في حق مَنْ عليه الدين كأن الإبراء اسقاطاً في حقه فاستغنى عن قبوله لهذا المعنى .

وأما قوله : " ان الدين ليس بشئ يمكن تمليكه " .

قلنا : لما ثبت انه بمنزلة عين مال في الشرع صح تمليكه ، كما يصح تمليك العين .

يدل عليه : انه إذا اعتاض عنه يكون تمليكاً ، كذا اذا وهبه منه أو أبرآءه عنه تمليكاً، لأنه ما يصح تمليكه اذا كان بعوضٍ يصح تمليكه اذا كان / ١٠٠/ب بغير عوض، ثم اذا ملك سقط عن ذمته ، لأنه لايجوز أن يملك شيئاً من ذمة نفسه .

وأما طريقة الشبهين : طريقة مردودة في كل المسائل التي تستعمل فيها ، وأهون الكلام عليها المعارضة ، ويقال لشبهه بالإسقاط لايفتقر الى القبول

ولشبهه بالتمليك لايصح في المجهول .

وعلى ان ما قلناه في تقسيم الإبراء وتفصيله من الجانبين أحسن من طريقة الشبهين ، لأن تلك الطريقة مدلول عليها من حيث المعنى ، وهذه طريقة مبنية على محض التعلق بالحكم .

وأما الطلاق والعتاق فلا يصح قياس الإبراء عليها ، بدليل انه يصح تعليقهما بالشروط والأخطار بخلاف الإبراء ، وهذا لأن علة ملك الآدميين في نفسه كونه آدميا ، فإن حريته ومالكيته كرامة ، وعلة كرامته آدميته غير أنه عرض عارض من رقٍ أو نكاح فمنع ظهور هذه الكرامة وخفي عملها عليهما فاذا أسقط الرق بالعتق والنكاح بالطلاق ظهر ما كان ثابتاً في الأصل .

وأما الدين في الذمة ليس من هذا القبيل بل هو مال يثبت حقاً للانسان إلاّ ان محله في ذمة الغير فيوفر عليه حكم الأموال وقضيتها .

وان الزموا شرط البرأة عن العيب بباطن الحيوان فقد منع في قولٍ .(١)

وعلى ان جوازه كان لوقوع الحرج في اعلامه ، لأنه لايمكن اعلامه إلاّ بالوقوف عليه وفي الوقوف عليه حرج عظيم .(٢)

وقولهم : " انه قصد بهذا الشرط الزام العقد "

قلنا : بلى ، ولكن طريقة الزامه هو الإبراء عنه بعد اعلامه على ما سبق .

وأما قولهم : " ان ثبوت الرد بالعيب بسبب التغرير " .

ليس كذلك ، والحوالة في فسخ العقد على الغرور شئ بعيد ، فانه ما من تغرير إلاّ ويعارضه اغترار ، فانه يمكن أن يقال مغتر وليس بمغرور ووجه

---

(١)،(٢) مختصر المزني ١٩٨/٢ مع الأم ، الأم للشافعي : ٦٣/٢ .

اغتراره طمعه في السلامة مع جواز العيب ، وهذا على أصلهم أبعد فإن التصرية عندهم تغرير ومع ذلك لايرد على أصلهم .

وأما عندنا فباب الغرور غير ، وباب العيب غير ، ووجه الرد بالعيب ما بينا وهو أحسن الوجوه معنى في بيان الرد بالعيب .

وقد ذكر بعضهم طريقاً في هذه المسألة لأصحابنا ، وذكرتُ طرفاً منه في البرهان[١] ونزهتُ هذا الكتاب عنه لأني رأيتُ في ذلك تخبطاً في ظلمة ولايوقف منه على حاصل فآثرتُ طيّه ، وفهم الفقه والوقوف على المعاني عزيز ، والله تعالى أعلم بالصواب .

---

(١) البرهان : كتاب للمؤلف ذكر انه يحتوي على ألف مسألة خلافية وقد تكلمنا عليه في مقدمة الجزء الأول من هذا الكتاب .

﴿ مسألة ﴾

الزيادة في الثمن والمثمن بعد لزوم العقد بالتفرق باطلة عندنا .[١]

وقبل التفرق على أحد القولين .[٢]

وعندهم : صحيحة على الإطلاق .[٣]

لنا :

ان هذه زيادة لم تجد محلاً للثبوت فلا تثبت .

دليله : المبيع والثمن في الأصل اذا لم يجدا محل ثبوتهما ، وانما قلنا انه "لم يجد محل الثبوت " ، لأن محل ثبوت المبيع يعرف بأن يقابله ثمن في عقد بيع أو محل ثبوت الثمن يعرف بأن يقابله مبيع في عقد بيع ، وهذا لأن صفة المبيعية والثمنية لايكون إلاّ بعقد البيع وعقد البيع مقابلة مالٍ بمالٍ ولايتصور أن كون المال مبيعاً إلاّ أن يقابله ثمن ولا ثمن إلاّ أن يقابله مبيع ولايوجد في مسألتنا للزيادة هذا ، لأن الزيادة اذا كانت مبيعة فلا يقابلها الثمن، لأن الثمن المسمى قد قابل جميع المبيع الذي هو الأصل وملكه البائع فلم يتصور أن يقابله شئ من الزيادة المسماة وان كانت الزيادة ثمناً فلايقابله مبيع، لأن المبيع المسمى قد قابل

---

(١) المهذب : ٣٨٢/١ .

(٢) المهذب : ٣٨٢/١ ، قال الشيرازي في المهذب والمذهب الأول " وهو القول بصحة البيع اذا كانت هذه الزيادة قبل التفرق لأن البيع لم يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به

(٣) الاسرار : ٢/٨٣/أ (مراد ملا) .

مختصر القدوري مع الجوهرة ٢٧١/١ ، مختلف الرواية ورقه ١٥٨/أ . بدائع الصنائع ٣٢٨١/٧ ، الهداية مع فتح القدير : ٥١٩/٦ .

جميعه الثمن الذي هو الأصل وملكه المشتري فلم يتصور أن يقابله شئ منه الزيادة المسماة فعرفنا ان هذا الإيجاب أخطأ محله واذا أخطأ محله بطل .

يبينه : ان أكل المال بالباطل هو أكله بلا سبب مشروع وقد فاتت المشروعية في مسألتنا في سبب ثبوت المبيع والثمن للزيادة ، فكان أكل المال بالباطل وأما إذا زاد في مجلس العقد ، فإن قلنا : الخيار لايمنع الملك المشترى لم تصح الزيادة ، لأنه يصير الحال بعد التفرق عن المجلس كالحال بعد التفرق ، فان قلنا : انه يمنع ملك المشترى فان نظرنا الى سبق العقد لم تجز الزيادة ، فان نظرنا الى تراخي الملك عنه يجوز لأن الزيادة قابلت ما هو ملك الغير فاستقام أن يجعل مبيعاً أو ثمناً فتكون المسألة على وجهين ، والتخريج عند التسليم على وجه الذي قلنا .

أما حجتهم :

قالوا : الزيادة في الثمن والمبيع تغير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع له ، والبيع في ملك المتعاقدين فلم كان تغييره على هذا الوجه .

/ يبينه : ان التغيير دون الرفع ، فاذا ملكا رفع العقد أصلاً ، فلأن ١٠١/أ يملكا تغييره من وصف الى وصف أولى ، وانما قلنا انه تغيير من وصف الى وصف ، وذلك ان للبيع ثلاثة أصناف : ربح ، وخسران ، وعدل ، يقال : بيع رابح ، وبيع خاسر . وبيع عدل ، فالأول : اذا زاد الثمن على المبيع ، والثاني : اذا زاد المبيع على الثمن ، والثالث : اذا استوى المبيع والثمن ، والكل مشروع، فاذا زاد في المبيع أو الثمن فقد تضمنت هذه الزيادة تغيير العقد من وصف الى وصف من هذا الوجه فيصح على ما ذكرنا .

واذا ثبت التغيير ثبتت الزيادة واستند الثبوت الى أصل العقد ، لأن الزيادة لما

كانت تغيير العقد فهو وان غُيِّر في الحال فلابد وأن يستند التغيير حيث كان التغيير للعقد المعقود من قبل واذا اسند التغيير لابد من استناد ثبوت الزيادة.

قالوا : وقولكم : " انه لم تجد الزيادة ما يقابله " .

قال : فاذا ثبت الإستناد فقد وجد ما يقابله ، وعلى انه قد قابلها اعني الزيادة ثمن أو مبيع تسمية وصورةً ولو لم يقابلها حقيقة فيكتفي بهذا القدر في ثبوتها ، وهذا كما لو باع ما يساوي ألفاً بألفين فان الألف الثانية لم يقابلها مبيع حقيقة .

والدليل عليه : انه يعد هبة وتبرعاً بدليل انه لو انفق في المرض فانه يكون من الثلث ومع ذلك ثبت لأنه وجد في مقابلته مبيع نسمية كذا هاهنا .

يدل عليه : ان الحاجة ربما تمس الى اثبات الزيادة في ا لمبيع أو الثمن ، فانه ربما يكون البائع قد غبن المشتري أو المشترى غبن البائع بنوع تدليس وتلبيس ، وقد ندم على ذلك فيريد أن يزيل الغبن منه بزيادة اما في مبيع أو ثمن ، فاذا وجدنا وجهاً لثبوت هذه الزيادة لم نبطلها ، وقد وجدنا على ما قلنا فأثبتنا.

وقد تعلق كثير من مشايخهم بفصل الحط بسبب العيب حيث يجوز ويستند ، وتعلقوا أيضاً بتسمية المهر بعد العقد في مسألة المفوضة .

وقد قال بعضهم : انه اذا زاد في الثمن أو المبيع يصير كأنهما فَسَخَا العقد الأول وجددا عقداً آخر بهذه الزيادة .

قالوا : ونقدر هذا التقدير لتصح الزيادة .

قالوا : وهذا كما لو باع عبداً من انسان بألف ثم باع منه بألفين فانه يصير كانهما فسخا العقد الأول وجددا عقداً آخر بهذه الزيادة ، وكذلك لو قال لغيره : اعتق عبدك عني على ألفٍ فانه يقدر تقدم البيع وبنيا العتق عليه ليصح ، كذلك هاهنا .

الجواب :

أما الذي ادّعينا صحيح على ما سبق .

والذي قالوا : ان الزيادة تغيير العقد من وصف الى وصف " .

لانسلم ، انه تغيير العقد ، بل هو في الحقيقة زيادة في المبيع أو الثمن فحسب".

والذي قالوا : ان البيع له ثلاثة اصناف : ربح ، وخسران ، وعدل " .

قلنا : هذه صفات المال ، وليست بصفات العقد ، لأن الربح والخسران لايكون صفة العقد بحال انما هو صفة المال ، ولئن وصف به العقد يكون على طريق المجاز لا على طريقة الحقيقة وانما صفة العقد الجواز واللزوم لاغير ، وهذا لأن الخسران نقصان والربح زيادة ، وهذا يوجد في المال دون العقد ، لأنه سواء وجد ربح أو خسران في العقد فالعقد على وجه واحد لايتغير ولايتبدل ، وهذا جواب من طريق المجادلة في غاية القوة والوكادة ويظهر بهذا أن مَنْ نصب هذه الطريقة على هذا الأصل فهو مجازف .

وجواب آخر :

انا وان سلمنا ان هذا تغيير العقد فلا يصح أيضاً ، لأن العقد انعقد بوصف اللزوم فنقول على هذا : اذا باع عبداً بألف فقد لزمت مقابلة العبد بالألف ومقابلة الألف بالعبد ، ولزوم هذه المقابلة بلزوم العقد فما دام المتعاقدان على العقد فالعقد بينهما لازم ، واذا لزم العقد لزمت المقابلة الحاصلة بالعقد وفي الزيادة في الثمن أو المثمن تغيير المقابلة فلايصح ، لأن لزومها بلزوم العقد يمنع تغييرها وتبديلها ، أما رفع أصل العقد فلامانع فيه ، لأن العقد حقهما فلهما أن يرفعاه ولهما أن يستديماه ، فأما تغيير المقابلة فقد وجد مانع منه وهو لزوم

المقابلة بلزوم العقد .

ثم الجواب على التخريج : وهو ان تغيير العقد في ضمن الزيادة ، فإذا لم تجد الزيادة محل ثبوتها لم تثبت ، واذا لم تثبت لم تتضمن تغيير العقد ، وبيانه انه لم تجد محل الثبوت على ما سبق ، وتغيير عن ما قلنا من بعد فيقال اثبات مبيع بلا ثمن أو اثبات ثمن بلا مبيع .

وأما / قولهم " انه وجد المبيع تسمية أو الثمن تسمية " . ١٠١/ب

قلنا : اذا سلمتم انه لم يوجد حقيقة فصورة التسمية لايجوز الإكتفاء بها . ألا ترى انه لايجوز أن يسمى الثمن بازاء خمر ، أو بازاء ميتة أو بازاء حُرّ ، ويكون باطلاً ، لأنه لايمكن تحقيق المبيعية فيه ولا الثمنية فلغت التسمية .

فأما المسألة التي قالوها : وهي انه لو اشترى في مرض موته ما يساوي ألفاً بألفين .

قلنا : عندنا على الألفين ثمن حقيقة فلهذا لو أخذ الشقص شفيع بالشفعة يأخذ بجميع ما سمى بازائه ، وكذا اذا وجد بالمبيع عيباً يسترد جميع الثمن .

فأما الإعتبار من الثلث فليس لأنه ليس بثمن حقيقة ، ولكن اعتبر من الثلث، لأنه وان كان ثمنا ولكن تسميته أدى الى الإضرار بالورثة والمريض ممنوع من الإضرار بالورثة فيما زاد على الثلث سواء كان ضرر بسبب بيع أو سبب تبرع فعندنا كلا الألفين ثمن حقيقة ، لأن الثمن بدل من حيث التسمية ، فأيّ قدر سمى يكون ثمنا حقيقة غير انه لما كان فوق القيمة تضمن الإضرار بالورثة فاعتبر من الثلث لهذا .

وقد قال بعضهم : ان الزيادة مبيع أو ثمن تبعاً فلا يقتضي شيئاً يقابله " .

وهذا كلام باطل ، لأن عندهم بالزيادة تتغير التسمية السابقة ويقابل الزيادة بما يخصه ، وانما ادعينا انه لايقابله شئ لأنه لايمكن المقابلة فان ملكه لايقابل ملكه

وأما قولهم : " ان الزيادة استندت الى أصل العقد " .

إنّما يمكن الإستناد بعد أن يمكن اثباته في الحال ، وهذه الزيادة لايمكن اثباتها في الحال على ماذكرنا ، فكيف يحكم بالاسناد فيها ؟ وأما تعلقهم بالحطّ بسبب العيب .

فعندنا : يستند الحطّ في هذه الصورة الى أصل العقد لوجود سبب عند العقد يوجب الإستناد ، وذلك السبب استحقاق المبيع على وصف السلامة .

وأما في مسألتنا فلم يوجد سبب يوجب الإسناد .

وأما مسألة فرض المهر للمفوضة ، فقد أجبنا عنه في مسألة المفوضة في ربع النكاح.

والجملة ان عندنا ملك البضع يكون بعوض مقترن بالعقد ، ويكون بعوض يتراخى وجوبه عن العقد ، فعلى التحقيق لايقابل المهر بضعاً ملكه بالنكاح ، وانما يقابل بضعاً لم يملكه ، وان ارادوا العوض في الهبة فعندنا هو هبة مبتدأة ، وليس بعوض حقيقة . وأما قولهم في طريقة المشايخ المتقدمين انه يصير المتعاقدان كأنهما فسخا العقد الأول وعقدا عقداً ثانيا بالزيادة .

فهذا تمنى وتشهى ومحض وسوسة وهذيان ، والزيادة تقتضي تقرير المزيد عليه ليصح الزيادة عليه ، فكيف يتضمن ابطالها واسقاطها ؟ ثم ثبوت الزيادة والمزيد عليه اصلا فاذا جعل كذلك فلا زيادة ولا مزيد عليه ولأن عندهم تصح الزيادة بعد ان تلف المبيع في يد المشتري أو تحدث الثمار على الأشجار في يده أيضاً ، وفي هذه الصورة لايمكن تقدير الفسخ ، لأن باب الفسخ ينسد عندهم بحدوث هذه الزيادة .

ولأن الحطّ عندهم بمنزلة الزيادة ، والحطّ يصح لصاحب الحق وحده والفسخ لايتصور ثبوته إلاّ بعد أن يتفق المتعاقدان عليه .

وأما مسألة البيع بألف واعادته بالفين فهي على أصولهم .

وأما عندنا فالبيع الثاني باطل .

ومسألة إلتماس العتق بالألف فهي مسألة شاذة خارجة عن الأصول وعلى ان ملكه سبب العتق عنه ، والشئ يجوز أن يتضمن سببه فأما انفساخ العقد الأول وانعقاد عقد آخر فليس بسبب الزيادة حتى تتضمنه ، وأيضاً فإن في تقدير البيع تحقيق العتق عنه ، وليس في تقدير الفسخ تحقيق الزيادة بل فيه انعقاد العقد على وجهٍ لايكون فيه مزيد عليه ولازيادة فيبطل ما قالوه من هذا الوجه ولم يبق لهم في المسألة شبهة فيه . والله تعالى أعلم .

مسألة

اذا اختلف المتايعان والسلعة هالكة في يد المشتري تحالفا وفسخ العقد بينهما ورد البائع الثمن وغرم المشتري قيمة المبيع .[١]

وعند ابي حنيفة وأبي يوسف : لايتحالفان ويكون القول قول المشتري .[٢]

لنـــا :

ان البائع منكر دعوى المشتري فيحلف كالمشتري لما كان منكراً دعوى البائع حلف والاستدلال فيهما بقوله عليه السلام (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٣] .

---

(١) النكت ورقه ١٤١/أ ، المهذب ٣٨٩/١ ، شرح السنة للبغوي : ١٧١/٨ ، معالم السنن : ٧٨١/٣ .

وهو قول محمد بن الحسن ، الاسرار ٢/ ١٢٠/ب (مراد ملا) .

(٢) الاسرار ٢/ ١٢٠/ب (مراد ملا) .

المبسوط : ٣٠/١٣ .

(٣) رواه الدارقطني في سننه : ٢١٨/٤ ، كتاب الاقضية من ثلاث طرق :

عن أبي هريرة ، وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ، وعن عمر بن الخطاب .

وفي اسناده مسلم بن خالد الزنجي تكلم فيه غير واحد من الائمة .

ورواه البيهقي في سننه : ٢٥٢/١٠ عن ابن عباس .

وقال بعد ذلك : " روينا حديث (البينة على المدعى واليمين على من انكر) من أوجه أخر كلها ضعيفة ..) اهـ السنن : ٢٥٣/١٠ .

وقد ورد هذا اللفظ في كتاب عمر الى ابي موسى الاشعري في القضاء .

انظر : السنن : ٢٥٣/١٠ .

==

وأمـا دليـل الوصف وفـيـه وقع التنازع ان كل واحـد من المتـعـاقـدين يدعى عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه/ لأن البائع يدعى البيع بالفين ١٠٢/أ وصـاحبـه ينكر ذلـك ، والمشـتـري يدعى الشـراء بألف وصـاحـبـه ينكره ، وهمـا غـيـران ، لأنه لايتـصـور العـقـد الواحـد بألف وبألفين وانما يكون العـقـد بـواحـد من هذين البدلين على التعيين .

واذا ثبت ان كل واحد منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه ثبت ان كل واحـد منهـمـا مـدّعى ومـدّعى عليـه ، وثبت الحلف ، فـاذا ثبت الحلف من الجانبين، كما لو كانت السلعة قائمة .

يدل عليـه : انا اجـمـعنا على ان كل واحـد منهـمـا لو اقـام البـينة على مـا ادعـاه يسمع وكما لا يد في الاستحلاف من منكر كذا في اقامة البينة من منكر تقام عليه البينة ثم البائع لما تحقق انكاره واعتبر في سماع البينة عليه من المشتري فوجب أن يحقق انكاره ، ويعتبر أيضاً في استحلافه كجانب المشتري مع البائع، والكلام في المسألة في غاية الظهور فلا حاجة الى زيادة واطناب .

وأما حجتهم :

تعلقوا بالخبر الذي روينا ، وزعـمـوا ان المدعى هو البـائع على الخصوص والمنكر هو المشتري على الخصوص فتكون اليمين عليه ولايمين على البائع ، وانما

(=) ورواه ابن عـدي في الكامل : ٢٣١٢/٦ من طريق ابي هريرة وعـمـرو بن شـعـيب عن أبيه عن جده . وقـال بعد ذلك : " هذان الاسنادان يعرفـان بمسلم عن ابن جـريج ، وفي المتن زيادة قوله (الا في القسامة) اهـ .

وقد روى البخاري ومسلم قوله (اليمين على المدعى عليه) فـقط .

انظر صحيح البخاري : ٢١٢/٨ ، مع الفتح ، وصحيح مسلم ٣/١٢ مع النووي .

قلنا ذلك ، لأن البائع يدعي على المشتري الفي درهم ثمن العبد والمشتري يقر بألف درهم وينكر الأخرى فكان منكراً حقيقة ، فأما المشتري يدعي على البائع العبد ، والعبد سالم للمشتري باقرار البائع ملكاً ويداً ، لأنهما تصادقا انه ملكه، وانه قد سلمه اليه وهلك عنده وليس للمشتري مقصود من البيع سوى الملك واليد ، والبائع قد أقر بسلامة ذلك كله للمشتري وليس يدعى عليه المشتري شيئاً آخر بعد هذا فلم يكن البائع منكراً للمشتري حقاً بوجهٍ ما فمن أين تتوجه عليه اليمين ؟ .

قالوا : وقولكم " ان كل واحد منهما مدعى عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه". قال : دعوى عقد آخر لايسمع من المشتري ، لأن العقد لايراد لعينه وانما يراد لحكمه، وحكم العقد الذي يدعيه المشتري ليس إلاّ الملك واليد وقد حصل بالعقد الذي أقر له البائع ، فالعقدان في تحصيل الملك واليد على المبيع لايختلفان ، ولو اختلفا انما يختلفان في حق الثمن ، والثمن حق البائع لاحق المشتري ، فثبت بما قلنا ان المشتري بعقد آخر لايطلب لنفسه مقصوداً فكانت دعواه غير صحيحة { الا ترى أن مَنْ أقر لرجل فقال : له عليّ الف درهم من ثمن الجارية التي عندي ، وقال الرجل : الجارية جاريتك مابعتكها ، ولكن لي عليك الف درهم قرض أو بدل غصب ، فانه يأخذه بالألف ولايلتفت الى السبب في هذه الصورة وان اختلفا فيه ، لأن المقصود ليس يختلف }[1] لأن الجارية تسلم للمقر في الحالتين وعليه ألف درهم ، وكذلك في مسألتنا ليس يختلف حكم المبيع باختلاف العقدين ، والمشتري لا يدعى إلا المبيع فسقط دعواه عقداً آخر .

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الاسرار ٢/ ١٢١/أ (مراد ملا)

قالوا : { واما قولكم : ان بينة المشتري مقبولة " .

قال :[١] قبول البينة لايدل على توجه اليمين على الخصم الآخر . الا ترى المودع لوادعي ردّ الوديعة أو الهلاك وأقام البينة تقبل بينته ثم لايحلف المودع بالله ما استرد هذه الوديعة بل كانت اليمين على المودَع بالله قد ردّها عليه ، وكان المعنى ذلك ان الدعوى بصورتها موجودة من المودع فقبلت البينة منه ولما كانت المدعي حقيقة هو المودع والمنكر حقيقة هو المودَع ولم يحلف إلاّ المودَع ، كذلك ههنا قد وجدت صورة الدعوى من المشتري ، ولكن ليس تجب هذه الدعوى حقيقة بل هي في الحقيقة انكار لزيادة الثمن وانما المدعى حقيقة هو البائع والمنكر حقيقة هو المشتري مثل تلك المسألة سواء .

وهذا لأن الشهود لايعرفون باطن الامر وحقيقته ، وانما عليهم نقل ما ظهر الى مجلس القضاء فقبل منهم ذلك القدر مبنياً على ظاهر الأمر وان لم يكن له حقيقة ، وأما الأيمان تبتني على حقيقة الإنكار لا على صورة الإنكار ، لأن اليمين تجب على الخصم الذي هو عالم بحقيقة الحال فتجب اليمين اذا كان منكراً حقيقة والا فلا تجب.

يبينه : ان البينة متى قامت على الظاهر افاد قبولها ، لأنه تثبت ما يدعيه من حيث الظاهر ، واذا ثبت ما يدعيه من حيث الظاهر فينتفى عنه ما انكره من حيث الحقيقة وأما الحلف على الإنكار من حيث الظاهر لايفيد شيئاً ، لأنه ينتفي عنه ظاهر من دعوى صاحبه غير ان صاحبه لايدعي عليه شيئاً حقيقة حتى ينتفي عنه حقيقة ، وانما هو المدعي حقيقة واليمين / ما وضعت ١٠٢/ب

---

(١) المصدر السابق .

للاستحقاق فتثبت لمجرد نفي ظاهر ولا فائدة فيه .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا الإختلاف قبل القبض والسلعة هالكة بفعل أجنبي وجنايته ، لأن كل واحد مدعي ومنكر .

أما اذا كانت السلعة قائمة وهي في يد البائع ، فلأن البائع يدعى الف درهم على المشتري وهو ينكر ، والمشتري يدعى على البائع وجوب تسليم السلعة اليه بالف درهم والبائع ينكر وجوب التسليم إلاّ بعد قبض الألفين .

وأما بعد هلاك السلعة وهو اذا قبل المبيع قبل القبض والقابل أجنبي فالقيمة هاهنا قائمة مقام السلعة فيكون البائع أحق بأخذها وحبسها الى أن يستوفي الثمن فكان منكراً وجوب تسليم القيمة فيحلف أيضاً .

{ قالوا : وأما اذا كانت السلعة قائمة مقبوضة فالقياس ينفي يمين البائع أصلاً على ما بينا لكن تركنا القياس بالحديث المروي عن النبي ﷺ انه قال (اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترّادا) [١]

والحكم الثابت بالنص بخلاف القياس لايتعدّى الى غير موضع النص ولم يرد النص بعد هلاك السلعة فبقى على أصل القياس " .[٢]

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ١٠٧ ، نقلا عن المنذري في مختصره قوله ".
وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لاتثبت ، وقد وقع في بعضها اذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه ، وفي لفظ (والسلعة قائمة) وهو لايصح فانها من رواية ابن أبي ليلى وهو ضعيف ، وقيل : انه من قول بعض الرواة والله اعلم بالصواب .
ثم نقل عن ابن الجوزي في التحقيق " احاديث هذا الباب فيها مقال ، فانها مراسيل وضعاف " اهـ .

(٢) الاسرار ٢/ ١٢١/أ (مراد ملا) .

قالوا : وان احتججتم بالحديث المطلق فلا حجة لكم فيه ، لأنه لايتناول إلاّ حال قيام السلعة ، لأنه قال " ترادّا " أو قال " ويترادان " .

والرد انما يكون بعد قبض سابق ، والقيمة ما كانت مقبوضة من البائع حتى يردها فعلمنا ان الخبر لايتناول إلاّ حال قيام السلعة ، فانه في هذه الحالة يتصور ردها ، الى هذا الموضع انتهت طريقة أبى زيد رحمه الله . [١]

وأما عامة مشايخهم قالوا : الهالك لايكون محل فسخ العقد عنه ، بدليل الرد بالعيب فانه لو اشترى سلعة هلكت ثم اطلع على عيب بها ، فانه لايرد بالعيب ويتعين الرجوع بالأرش وكذا في مسألة الإفلاس اذا كانت السلعةهالكة لايفسخ العقد عندكم

الجواب :

انا قد دللنا على إثبات كون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه .

والحرف : ان العقد يختلف بإختلاف الثمن ، والبيع بألف غير البيع بألفين .

وقد قالوا : لو ادعى انه اشترى بألف فشهد شاهدان :ـ

احدهما انه اشترى بألف والأخرانه اشترى بألف وخمسمائة أو بخمسمائة لم يقبل وبمثله في الدين المطلق اذا وقعت فيه الدعوى فانه يثبت ما اتفقا عليه ، والكلام من غير الإستشهاد صحيح على ما سبق فلا حاجة بنا الى الإستشهاد .

وقولهم : " ان دعوى المشتري للعقد بألف غير صحيحة " .

قلنا : بل ، هي صحيحة ، لأن التنازع فيما ملك به العبد واستحقه به فهو اذا ادعى ملكه بالألف صحت دعواه ، لأنها دعوى مفيدة في المال ، وكل دعوى كانت مفيدة في المال فهي صحيحة .

---

(١) الاسرار ٢/ ١٢٠/أ ، ب (مراد ملا) .

وبيان الفائدة : انه اذا ثبت ذلك بموافقة صاحبه اياه في ذلك أو باقامة البينة سقطت عنه دعوى الألف الزائدة ، ولأنه عند الاقالة أو الفسخ بوجهٍ آخر لايرجع اليه الا بالألف .

وفصل البينة في نهاية الإشكال عليهم ، لأنه لايتصور قبول البينة الا في دعوى صحيحة .

وأما قولهم " ان المشتري لايدعي إلا ملك المبيع واليد فيه وهما سالمان له " .

قلنا : بلى ، ولكن يدعى سلامتهما له بعقد بألف ، وصاحبه يعترف بسلامتهما بعقد بألفين .

وقولهم " ان السبب لايراد لعينه وانما يراد لحكمه " .

قلنا : نقول أولا : ان الاحكام مبنية على الأسباب فلايعرض عنها .

وعلى ان دعوى السبب اذا افاد اعتبر ، وقد بينا فائدته في مسألتنا .

وأما المسألة التي أوردوها وهي انه اذا قال لك عليّ الف من ثمن هذا العبد الذي في يدي ، وقال الآخر : العبد عندك ولي عليك ألف ، فهذه المسألة على أصولهم ، وعندنا ما لم يوافقه على اعترافه لاتجب له عليه الألف ، أو يوافقه هذا الآخر على مايدعي من ألف القرض أو بدل المتلف ، وعلى ان في تلك المسألة لايمكن اظهار فائدة في ذلك الاختلاف،وهاهنا قد امكن ، والأولى المنع .

وأما عذرهم عن فصل البينة : فهو في نهاية الوهاء ، فانهم قالوا : " البينة تعتمد الظاهر من الأمور " .

قلنا : أولاً يقال لهم : كل ظاهر لاحقيقة له فلايعتبر به لانه يكون مجرد صورة لامعنى تحتها فيكون باطلاً ، ثم نقول في مسألتنا المشتري اذا أقام البينة على الشراء بالألف هل يقضي القاضي به أولاً؟ ولابد أن يقولوا يقضي به فاذا قضى القاضي به هل يكون البيع له حقيقة فلابد ان يقولوا ان له حقيقة فاذا قضى بحقيقة البيع فقد ادعى على خصمه / ماله حقيقة فيكون خصمه ١٠٣/أ منكراً حقيقة .

وأما العذر ، فهو أوهى من هذا ، لأن يمين البائع مفيدة كما أن يمين المشتري مفيدة . الا ترى انه اذا حلف البائع سقطت دعوى المشتري وانتفت عنه خصومته مثل جانب المشتري سواء ، واليمين ما شرعت إلاّ لقطع المنازعات فاذا وجدنا فائدتها حاصلة من قطع منازعة مسموعة فلابد ان تتوجه اليمين ثم ينتقض جميع ما قالوه بما اذا كانت السلعة قائمة .

وأما قولهم : " ان في هذه الصورة ثبت التحالف بالنص ."

قلنا : لا نص لهم في هذه المسألة ، والخبر الذي رووا خبر باطل لا أصل له ، والأصحاب رووا في مقابلته " والسلعة هالكة أو قائمة تحالفا وترادا " وكلاهما لا أصل له .[١]

وانما القدر المروي ما رواه سفيان عن ابن عجلان[٢] عن عون[٣] بن عبد الله ابن عتبة[٤] عن ابن مسعود ان النبي ﷺ قال : (اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار) .[٥]

---

(١) سبق كلام المنذري في المختصر وابن الجوزي على هذا اللفظ في ص

(٢) أي محمد بن عجلان .

(٣) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي ابو عبد الله الكوفي ثقة عابد ، من الرابعة مات سنة ١٢٠هـ ، روى له مسلم وأصحاب السنن . انظر : التقريب ص ٢٦٧

(٤) في المخطوط (عيينة) والتصويب من سنن البيهقي ٥/ ٣٣٢ .

(٥) رواه الترمذي في سننه : ٢/ ٢٥٤ ، مع التحفة ، باب ما جاء اذا اختلف البيعان .
والبيهقي في سننه : ٥/ ٣٣٢ ، باب اختلاف المتابعين .
والبغوي في شرح السنة ٨/ ١٧٠ ، باب اختلاف المتابعين .
وأحمد في المسند : ١/ ٤٦٦ .

ورواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود أيضاً .[١]

وكـلا الروايتين مـرسل[٢] ، لأن عـون بن عـبـد الله لم يدرك ابن مـسـعـود[٣] ، وكذلك القاسم[٤] بن عبد الرحمن .[٥]

وعلى انه دليل عليهم ، لأنه عليه السلام قال : فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار وهذا دليل على استحلافه ، لأن من جعل القول قوله في الدعاوي يكون مع اليمين .

ثم يقال لهم : أنتم لم تلزموا موضع النص لانكم اجريتم التحالف اذا قتل العبد المبيع قبل القبض والسلعة ليست بقائمة ، وأجريتم التحالف بين الوارثين مع فقد المتبايعين ، فسقط التعلق بالنص الذي ذكرتموه من هذا الوجه فبقى الإلزام على ماذكرنا.

وقول مشايخهم : ان الهالك لايقبل الفسخ .

قلنا : التحالف ليس بفسخ العقد انما هو لصحة الدعوى من الجانبين ثم إذا تحالفا ولم يكن الأخذ بأحد القولين بأولى من الآخر صار الثمن مجهولاً فبطل العقد من غير فسخ على أحد الوجهين وعلى الوجه الآخر لايبطل بنفسه ، يجوز أن يوافق احدهما صاحبه بعد الحلف فيفسخ القاضي لتعذر القضاء بامضاء البيع ولقطـع

---

(١) رواه الدارقطني في سننه ٣/ ٢٠ .

(٢) قاله الترمذي في سننه : ٢/ ٢٥٤ ، ٢٥٥ مع التحفة .

(٣) قاله الترمذي في سننه ٢/ ٢٥٥ مع التحفة ، وذكره البيهقي في السنن : ٥/ ٣٣٢ . وانظر : النكت للشيرازي ورقه ١٤١/ب .

(٤) القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المسعودي أبو عبد الرحمن الكوفي ثقة عابد من الرابعة مات سنة ١٢٠هـ أو بعدها ، روى له البخاري وأصحاب السنن ، انظر التقريب ص ٢٧٩ .

(٥) انظر حاشية (٣) .

المنازعة ، لأنه لايتصور قطع المنازعة إلاّ بهدا ، وهذا بعد الهلاك جائز ، فانه بعد هلاك السلعة لم اتفق المتعاقدان على فساد العقد بجهالة الثمن يقبل اتفاقهما كذلك هاهنا بعد هلاك السلعة ظهر ان العقد فاسد لجهالة الثمن .

فان قلتم لم يظهر فقد صار بمنزلته حيث لم يتفقا على ثمن معلوم ولم يعلم ان عقدهما على اي ثمن وقع في الابتداء ، وأما مسألة الرد بالعيب فانما لم يفسخ العقد بعد هلاك السلعة ، لأن الغرض درأ الضرر عن المشتري وذلك بالفسخ تارة وبالرجوع بالأرش أخرى فاصلح الجهتين عند قيام السلعة هو رد المبيع وفسخ العقد وأصلح الجهتين عند هلاك السلعة الرجوع بالأرش ، لأنه أقل للمنازعة .

فأما مسألة هلاك السلعة اذا مات المشتري مفلساً فليس امتناع الفسخ لما قالوه، لكن لأنه لم يجد سلعته بعينها ، وهو السبب في الفسخ عند الفلس على ماسنبين في تلك المسألة وفي مسألتنا فالسبب قد وجد من التحالف .

ويرد على طريقة مشايخهم :

اذا باع عبداً بجارية وهلك احدهما يصح التفاسخ وهو فسخ على الهالك ،

فان قالوا : ان الهالك تبع للقائم " .

فهذا هذيان ، فانا نعلم ان كل واحد منهما معقود عليه ، فكيف يكون احدهما تبعاً للآخر ، ولئن جاز أن يجعل الهالك تبع للقائم ؟ فهلا جعلتم القائم تبعاً للهالك فيمتنع التقابل فيهما جميعاً ، وليس لهم في هذه الطريقة مستروح أصلاً، واعتمادهم على ما سبق . والله تعالى أعلم .

مسألة

البيع الفاسد لايوجب الملك بحال عندنا ، وسواء في ذلك اتصل القبض بالمبيع أو لم يتصل وهو لغو غير منعقد .[١]

وعندهم : يوجب الملك اذا اتصل به القبض[٢] ، وهو منعقد على الفساد .

والمسألة تدور على معرفة ما تدل عليه حقيقة النهي :-

فعندنا : النهي عن العقود الشرعية يوجب فساد المنهي عنه من غير تفصيل.

وعندهم : اذا كان المعنى في غيره لايوجب فساده ، واذا كان لمعنىً في المنهي عنه يوجب فساده ، وزعموا ان النهي عن البيعات التي اختلفنا فيها انما هو بمعنى في غير المنهي عنه .

لنا :

ان الملك حكم مشروع من قبل الله تعالى فلايثبت إلاّ بسبب مشروع والبياعات الفاسدة التي اختلفنا فيها مثل البيع بالخمر ، وبيع / الدرهم ١٠٣/ب بالدرهمين والبيع بشرط فاسد مثل خيار مجهول أو أجل مجهول غير مشروع فلايوجب الملك ، لأن المشروع للعباد بأفعالهم لايثبت الا بأفعال مشروعة، ونعني بالمشروعية " اطلاق الشرع واباحته ، ولاتعرف المشروعية في

---

(١) النكت ورقه ١٤٣/أ ، المهذب : ٣٥٧/١ ، المجموع : ٣٦٤/٩ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٥ ، المبسوط : ٢٢/١٣ ، فتح القدير : ٤٠٤/٦ ، رؤوس المسائل ص ٢٨٨.

عقود المعاملات إلاّ بهذا ، وإليه أشار قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ .[١]

ثم الدليل على ان هذه البياعات غير مشروعة ورود النهي عنها والنهي ضد الإطلاق فلايكون المنهي عنه مطلقاً وإذا لم يكن مطلقاً فلايكون مشروعاً .

يبينه : ان النهي يدل على الفسخ والفسخ محظور والمشروع والمحظور ضدان لايجتمعان .

يدل عليه : ان النهي ضد الأمر فاذا كان الأمر يفيد كون المأمور مشروعاً فالنهي يفيد كون المنهي عنه غير مشروع ، ولأن المشروع له درجات فأدنى درجاته الإباحة فاذا لم يكن مباحاً يكون نازلاً عن أدنى درجاته فنزل الى العدم هذه كلمات مقولة منقولة مشهورة منشورة وهي قوية لابأس بها .

ثم وجه التحقيق في المسألة وهو المعتمد : ان البيع لم يعرف بيعاً إلاّ بورود الشرع به ولو لم يرد الشرع بالبيع لم يعرف البيع ولم يكن مفيداً للملك ، وهذا أمر لايختلف فيه الفقهاء وغيرهم ، لأن المعاملات كلها سمعية بلا خلاف فاذا ثبت هذا فنقول : ان الشرع لم يرد بالبيع إلاّ بعوض مخصوص على جهة مخصوصة بشريطة مخصوصة .

أما قولنا : " بعوض مخصوص " هو أن يكون مالاً متقوماً .

وقولنا : " بشريطة[٢] مخصوصة " فهى جهة الاعلام فلابد أن يكون المبيع والثمن معلومين ، وكذلك المشروط فيه من الأجل والخيار فلابد أن يكون معلوماً وقولنا : بشريطة مخصوصة فهي المماثلة قدراً ويداً وعيناً في أموال

---

(١) سورة البقرة آية (٣٧٥) .

(٢) كذا في المخطوطة ولعله " جهة " .

الربا . فاذا باع عيناً من ثوب أو عبداً بخمرٍ أو خنزير أو باع درهماً بدرهمين أو باع بخيار مجهول أو أجل مجهول فلم يأت بالبيع على ما شرعه الشارع ، فاذا لم يأت بالبيع على ذلك الوجه فلم يأت بالبيع أصلاً والملك بالبيع لايثبت إلاّ ببيع فاذا لم يكن بيع لم يكن ملك . وهذا كالأنكحة الفاسدة فانه لما كان النكاح مشروعاً على شريطة مخصوصة في محل مخصوص فاذا لم يأت بذلك على ما شرع لم يكن اثباته أصلاً كذلك هاهنا.

فان قالوا : ان البيع على الإطلاق هو المشروع ، وهو معاوضة مال بمال من متعاقدين هما من أهل العقد .

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [(١)] وكل ما سمى بيعاً من حيث اللغة يدخل تحت هذا التحليل المذكور .

والجواب يقال لهم أولاً : قد وصل بقوله تعالى ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [(٢)] وبيع الدرهم بالدرهمين ربا ، وعندكم هذا عقد مشروع مفيد للملك ثم نقول الآية وان كانت مطلقة لكن قد اتصلت به بيان السنة فكان الله تعالى أحل البيع على ما بينته السنة وهو مثل قوله تعالى ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنْ اللَّهِ ... ﴾ [(٣)] لما اتصل بالكتاب بيان السنة فكأن الله تعالى أمر بقطعهما بالسرقة على ما بينته السنة .

والذي يدل على هذا انا لانعرف ان البياعات التي نهيت عنها كانت صحيحة في

(١ ، ٢) سورة البقرة آية (٢٧٥) .

(٣) سورة المائدة آية (٣٨) .

وقت ما غير منهي عنها ، ولو كان الأمر على مازعموا من الجري على ما يسمى بيعاً وتصحيحه بذلك فيقتضي هذا ان هذه البياعات كلها كانت صحيحة ثم نسخت بالنهي عنها ، وهذا لم يقل به احد من الأئمة .

كما انه لايعرف وجوب القطع بما يسمى سرقة ثم رفع ذلك بتقدير النصاب وشرط الحرز ، بل لم يشرع القطع ابتداء بالكتاب إلاّ على ما اتصل به بيان السنة ، كذلك هاهنا لم يشرع البيع ابتداءً بالكتاب إلاّ على ما اتصل به بيان السنة .

وقد قال الشافعي في قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [١] انه مجمل لايعرف المراد بظاهره إلاّ ببيان اتصل به . [٢]

ويستدل عامة المشايخ بانتفاء الملك قبل القبض .

واستدلوا أيضاً : على انتفائه بعد القبض ، وقالوا : ان المانع من الملك عند العقد فساده ، وذلك موجود بعد القبض فبقى المنع .

واستدلوا أيضاً : بسقوط المسمى ، وقالوا : الملك بالبيع لايكون إلاّ بعوض فاذا لم يثبت الملك بالعوض المسمى وقد ملكه البائع به وتملك المشتري به وتراضيا عليه فلأن لايملك بغيره أولى .

واستدلوا : بوجوب نقض البيع ورد المبيع بزوائده المتصلة والمفصلة ولو ثبت الملك كان يوجب التقرير ، لأن المشروع يقرر إلاّ انه ينقض ولم يجز رد الزيادة ، لأنها فوائد حاصلة حدثت على ملكه وملكها ابتداء من ملكه ، / ١٠٤/أ فكيف يجب رد الزيادة ؟ وهذه فصول إلزامية والتعلق بها قوي جداً ، ولكـــن

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٥) .

(٢) انظر : الأم : ٢/٣ .

الإعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

قالوا : بيع منعقد فيفيد الملك .

دليله : الصحيح ، وهذا لأن الإنعقاد أمر شرعي يثبت لحكم شرعي وهو الملك فان البياعات ليست إلاّ لافادة الأملاك ، فاذا تحققت البياعات كانت متحققة لاحكامها. قالوا : ولايجوز أن يقال ان البيع قد ينعقد ولايفيد الملك كالبيع المشروط فيه الخيار، لأن البيع بشرط الخيار مفيد للملك ، الا ترى ان بعد اسقاط الخيار يثبت الملك وثبوته بالعقد السابق إلاّ انه تراخي لمعنى أوجب تراخيه .

وأما عندكم فالبيع الفاسد لايوجب الملك بحال ، ويستحيل أن ينعقد العقد غير موجب للملك بحال ، لأنه ان وجد كذلك فيكون البيع حينئذ معنيا لعينه ، ولايعني لعينه انما يعني لحكمه فلم يتصور بيع بلا حكم " .

ثم استدلوا على الإنعقاد بوجود البيع من أهله في محله ، والبيع من أهله اثبات البيع للملك فاذا صادف محله وصدر ذلك من أهله يثبت قطعاً كذلك هاهنا ، والمعني بالبيع هو الإيجاب والقبول ، ومن الأهلية هو أن العاقد عاقل مميز ، وفي المحلية وجود المال من الجانبين .

قالوا : وأما النهي الوارد من الشرع فهو الدليل على تحقق البيع ، لأن النهي عمالايتصور سفه وعبث فان مالايتصور لاينهي عنه ، فانما يتصور النهي عن متكون فأما عن مالايكون فلا .

ألا ترى لايقال للأعمى لاتبصر ولا للآدمي لا تطر ، فدل ان النهي عن البيع على تحقق البيع .

قالوا : ولايقال انه متصور محسوساً وان لم يتصور مشروعاً ، لأن البيع بيع بالشرع لا بالحسّ ، وكذا الصوم فان النهي عن البيع ينصرف الى بيع حقيقة ، وكذلك النهي عن الصوم ينصرف الى صوم حقيقة والذي هو بيع حقيقة بيع منعقد فالنهي عنه دل على تكونه .

يبينه : ان حقيقة النهي بطلب الكف عن الفعل ، وحقيقة الأمر بطلب الفعل فاذا لم يكف وفعل فماذا حكمه فموقوف على قيام الدليل .

قال أبو زيد في الأصول : [1]

النهي ليس لإعدام الشئ بنفسه في عينه بل هو طلب إعدام الشئ بكف العبد عنه ، كما ان الأمر ليس بايجاد الشئ بنفسه لكنه طلب الإيجاد بفعل العبد اياه، وانما يتصور إعدام الشئ بكف العبد عنه اذا كان يتصور وجوده بفعله ، فأما اذا لم يتصور وجوده بفعله لم ينعدم بكف العبد عنه .

قالوا : ولأن النهي في مسألتنا لمعنى في غير المنهي عنه فلايمنع انعقاد البيع كالبيع وقت النداء والبيع على بيع أخيه ، والخطبة على خطبة اخيه ، ومن غير هذا الباب : الصلاة في الدار المغصوبة والطلاق في حال الحيض .

وانما قلنا ان النهي لمعنى في غير المنهي عنه ، لأن البيع بيع بما قلنا من وجود الأهلية والمحلية على ماسبق ، والنهي ليس لهذا بل لمعنى وراءه .

وأما البيع بشرط خيار مجهول أو أجل مجهول ، والخيار والأجل معينان وراء البيع ألا ترى انه يوجد البيع بلا خيار وبلا أجل .

---

(١) انظر : تقويم الأدلة ورقه ٢٣/ب (فيض الله افندي) رقم ٦٩٠ .

وأما بيع الدرهم بالدرهمين ، فالنهي لتسمية فضلٍ خالٍ عن العوض وهو أمر وراء البيع .

وأما البيع بالخمر والخنزير قالوا : عندنا هما مالان إلاّ انهما ليسا متقومين فالنهي لعدم التقوم وهو أمر وراء العقد ، فتبين ان النهي في هذه الصورة لمعنى في غيره فلم يمنع انعاقده الا انه يفسد البيع في هذه المسائل ، لأنه وان كان النهي لمعنى في غيره إلاّ ان ذلك الغير متصل بالبيع ، لأن النهي عنه وان كان غيره إلاّ انه متصل بالبيع على معنى انه اذا صح يصير حقاً من حقوقه ووصفاً من أوصافه فيسلب وصف الصحة من البيع ، وهذا لأنه فساد في الوصف فيسلب الوصف ولا فساد في الأصل فيثبت الأصل .

وأما البيع وقت النداء انما صح ، لأنه نهى بمعنى في غيره وذلك الغير ليس متصل بالعقد ، لأنه ليس بوصف من اوصافه ولاحق من حقوقه بل هو منفصل عنه فلم يسلب الأصل ولا الوصف .

قالوا : فعلى هذا صار النهي ثلاثة مراتب :

نهي عن الشئ لمعنى في عينه ، مثل : النهي عن البيع بالميتة والدم فانه نهى عنه لفقد المالية في أحد العوضين فيفوت به ركن البيع أو يفوت حدّه ، لأن حدّه: مال بمال أو ركنه المالية ، وكذا بيع الحر والخمر والخنزير ، لأن المالية فائتة في المعقود عليه اذا باع حُراً ، والتقوم فائت في المعقود عليه / إذا ١٠٤/ب باع خمراً أو خنزيراً ، ومحل العقد هو المعقود عليه ، والمعقود عليه هو المبيع فانما يصلح لمحلية العقد مال عزير متقوما شرعاً ويطلب بالعقود عرفاً .

فأما المهان التي لاقيمة له شرعاً لايصلح محلاً للعقد غير انه لما كان مالاً في الجملة يصح تسميته عوضاً لينعقد به العقد لاالينعقد عليه ، وعلى ان ذكر

الثمن عندي غير مشروط لانعقاد العقد فاذا اشترى بالخمر يجعل كأنه ترك ذكر الثمن أصلاً وفي المبيع لابد من ذكره لينعقد عليه العقد فاذا كان محرماً صار ذكره كلا ذكر فامتنع انعقاد العقد . وربما يقولون لكونه غير متقوم لم يصح ايراد العقد عليه لاستحقاق عينه ، ولانه مال صح ذكره لاستحقاق ما يقابله كالمستحق على أصلهم .

- المرتبة الثانية في النهي : نهي عن الشئ لمعنى في غيره ولايتصل به كالنهي عن البيع وقت النداء وأشباهه فيبقى العقد على الصحة كما لو لم يكن فيه نهي ، وعمل النهي في الكراهية .

- المرتبة الثالثة في النهي : نهي عن الشئ لمعنى في غيره إلاّ ان ذلك الغير متصل به على المعنى الذي قدمنا فيكون عمله في افساد العقد لا في منعه أصلاً .

قالوا : وهذه المرتبة الثالثة للنهي أدركناها بلطيف نظرنا ولم تدركوه فأنتم معذرون بالتقصير ونحن مشكورون بالوصول اليه ووجوده ، ولاسواء بين معذور ومشكور .

قالوا : وليس كالنكاح الفاسد بعضهم قال : ينعقد وتملك المنافع بالقبض وهو الوطء وليس بشئ .

وقال أبو زيد في العذر : ان النكاح غير منهي عنه لعدم الشهادة لكنه مشروط بشرط الشهادة والمشروط قبل الشرط معدوم ، وفي مسألتنا البيع منهي عنه على ما سبق .

والأحسن لهم في العذر : انه لايمكن الحكم بعقد النكاح ، لأن الثابت بالعقد الفاسد ملك حرام ، والنكاح بلا حِلّ لايكون نكاحاً ، وفي مسألتنا الثابت ملك

اليمين وهو نوعان حلال وحرام فالملك الحرام كالخمر وملك الصيد للمحرم فاذا صح السبب كان ملكاً حلالاً واذا فسد السبب كان حراماً .

وقالوا : أما انتفاء الملك بنفس العقد كان لضعفه بفساده فاذا قوى بالقبض ثبت الملك به كالهبة لما ضعفت قبل القبض لم يوجد الملك واذا قويت أوجبت ، وعلى ان الملك في البيع يكون بعوض ، وقد قام الدليل على ان العوض هو القيمة وهي تجب في البيع بالقبض فوقف الملك عليه .

قالوا : وأما ضمان القيمة وسقوط المسمى فانما كان كذلك ، لأن الأصل ضمان القيمة فان عقود المعاملات على المعادلة والمعادلة انما تتحقق بين الشيئين بالقيمة إلاّ انه سقط هذا العوض بالمسمى اذا صح فاذا لم يصح يعاد اليه .

وربما يقولون : الأصل ضمان القيمة وانما أمر بالتسمية لقطع المنازعة فاذا لم يسّم على أمر الشرع به يرجع الى الأصل .

ثم قالوا : بفصل الضمان نستدل عليكم فان الضمان ضمان العقد لاضمان القبض ، لأن القبض المأذون فيه لايوجب الضمان واذا وجب ضمان العقد ثبت انعقاد العقد .

قالوا : وأما استحقاق فسخ العقد فلفساده .

وأما استرداد الزوائد فلإنفساخه من الأصل لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره الا ان في الرد بالعيب ضعف السبب لأنه مجرد فوات جزء ويمكن تلافيه بالأرش فالزيادة منعت الفسخ وصير الى الأرش ، وفي مسألتنا قوى سبب الفسخ لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره عليه فلم تمنع الزيادة منه فانفسخ من الأصل ، ووجب رد الزوائد كأنها حدثت على ملك البائع .

قالوا : ولأن رد الزوائد لايدل على فقد الملك كالمريض اذا وهب جارية لانسان

وعليه دين ولا مال له غيرها وولدت للموهوب ثم مات تسترد مع الولد وقد ملكها الموهوب له ، وكذلك مَنْ عليه الزكاة اذا عجل شاة من نصاب الغنم وولدت في يد الفقير ثم عرض عارض منع وجوب الزكاة عند الحول تسترد الشاة مع ولدها وقد ملكها الفقير.

الى هذا الموضع انتهت هذه الطريقة وتخريج المسائل ، وقد بقى فصلان يتعلقون بهما وهما في نهاية الاشكال احدهما :

- فصل الكتابة الفاسدة فانها تفيد العتق عند الأداء والعتق في الكتابة مثل الملك في مسألتنا .
- والفصل الثاني : اذا جامع في احرامه يفسد احرامه ويبقى الإحرام على فساده بدليل وجوب المضي فيه وتوجه الأداء ووجوب الكفارة عند ارتكاب المحظور وهو بقاء الإحرام وسنتكلم على الفصلين مما يحل الإشكال به .

الجواب : ١٠٥/أ

أما دعوى انعقاد العقد فباطل ، ومادلوا عليه من وجود الأهلية والمحلية غير كافٍ ، بل لابد مع ذلك من عقده على شرط البيع وهو خلوه عن الأسباب المفسدة وقد سبق بيانه .

والتعلق بالحسبات ليس بشئ ، لأن ما نحن فيه عقد شرعي فيتبع فيه مورد الشرع. وأما قولهم : " النهي عن الشئ يدل على تحقق ذلك الشئ وتكونه " .

قلنا : نعم ، حساً ، فأما شرعاً فلا ، ويمكن ان يقال يتحقق لولا الشرع ، وقد ذكرنا اعتراضهم على هذا ووجه الخروج عنه ان النهي لطلب الإمتناع عن الشئ .

قالوا : ولايمكن طلب الإمتناع في الشئ إلاّ بعد تصور فعل الشئ منه " .

فيقال لهم : انما طلبتم تصحيح النهي عن الشئ معقولاً ومحسوساً لامشروعاً فيتبع الحس فنقول : قد تصور البيع محسوساً فتصور النهي وعقد ثم حينئذ ينظر الى عمل النيه بحسب ما يدل عليه الدليل فقد دل الدليل على ان عمل النهي اعدام المشروعية .

والحرف الوجيز : ان البيع مشروع ومحسوس فمن حيث تحقق النهي معقولاً يعتبر المحسوس ثم كونه مشروعاً يفوت بالنهي فيبقى بيع محسوساً لامشروعاً فلم ينعقد ولم يفد الملك لما بينا ان الحكم المشروع يتبع السبب المشروع هذا جوابه .

والجواب الثاني بالتخريج على ما اعتمدنا عليه : وهو ان النهي عن هذه البياعات إخبار عن نفي المشروعية فيها ، وبيان ان الشرع انما شرع ما وراءها مثل النهي عن بيع الحر ونكاح الأمهات والبنات ، وكذلك قوله عليه السلام (لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ...)[1] الخبر .

فإن قالوا : هي كلها نفي اذاً ، والنفي غير والنهي غير " .

قلنا : بلى ، هي في الشرع نفي المشروعية ، وهذا لانا نتبع الدليل وقد قام

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٩/ ١٦٠ مع الفتح ، باب لاتنكح المرأة على عمتها ..
ومسلم في صحيحه : ٩/ ١٩٠ مع النووي ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ..
وأبو داود في سننه : ٥٥٣/٢ مع المعالم ، باب ما يكره ان يجمع بينهن من النساء .
وابن ماجة في سننه : ٦٢١/١ ، باب لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها .
والدارمي في سننه : ١٣٦/٢ .
ومالك في الموطأ ٣٠٢/٣ مع المنتقى ، باب مالايجمع بينه من النساء .
والترمذي في سننه : ٥٥/٥ ، مع العارضة ، باب لاتنكح المرأة على عمتها .
والنسائي في سننه : ٦/ ٨٠ ، ٨١ باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها .

الدليل في هذه المواضع انه عبارة عن النفي فعملنا به ، ولا كلام لهم على هذا أصلاً اذا قررنا على ما سبق .

وأما قولهم : " ان البيع نهي عنه لمعنى في غيره "

فهذا الكلام لايرد على هذه الطريقة أصلاً ، ثم نقول :

النهي عن العقود الشرعية يوجب فسادها في أيّ موضعٍ وَرَدَ على أيّ وجهٍ وَرَدَ من غير تفصيلٍ .

ويقال لهم على قولهم " ان النهي وَرَدَ لمعنى في غيره أو لمعنى في عينه " .

لايتصور ورود النهي عن الشئ لمعنى في عينه اذا كان يباح جنسه بحال ، نعم في الظلم والكفر ، ربما يمكن ان يقال بهذا ، وأما العقود التي أباحها الشرع فكيف يتصور أن يقال ان النهي يرد لعينها في موضع ما ، وعينها مشروعة في مواضع كثيرة ؟ فليس هذا بشئ ، بل الصحيح " ان النهي اذا كان متصلاً بالعقد فلابد من فساد المنهي .

فإن قالوا : ان النهي في مسألتنا للشرط فهو المنهي عنه .

قلنا : لا ، بل كلاهما منهي عنه ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط " وهذا نص عنهما ، ولأن البيع بهذا الشرط منهي عنه ، والشرط في البيع منهي عنه فكلاهما منهي عنه قطعاً .

يبينه : ان النهي عن الشئ يدل على قبحه سواء كان لمعنى في عينه أو في غيره كذا يدل على الفساد .

فإن قالوا : انما يدل على القبح بواسطة دليل وهو ان الحكيم لاينهي إلاّ عن القبيح ، وكذلك الأمر يدل على الحسن بواسطة دليل وهو أن الحكيم لايأمر إلاّ بالحسن واذا كان القبح بواسطة دليل لايأمر إلاّ بحسن ولم يدل الدليل على

الفساد بنفسه .

قلنا : نهي الحكيم دليل القبح في نفسه وأمر الحكيم دليل الحسن في نفسه فيكون دليل الفساد في نفسه ، لأن القبيح والفاسد في الشرع واحد .

أما المسائل اللازمة :

أما مسألة البيع وقت النداء فالنهي عن تأخير الجمعة لا عن البيع بدليل انه لو سعى الى الجمعة وباع وهو يسعى لم يكره ولم يدخل تحت النهي ولو اشتغل بعمل آخر سوى البيع دخل تحت النهي ، وكذلك في الصلاة في الأرض المغصوبة فالنهي هناك عن شغل أرض الغير لا عن الصلاة حتى لو شغل أرضه بغير الصلاة دخل تحت النهي الذي ذكرنا ، في البيع على بيع أخيه ، النهي عن ايذاء الغير حتى لو آذى بسبب آخر كان منهياً عنه .

وكذلك الطلاق في حال الحيض النهي عن الإضرار بالمرأة بتطويل العدة عليها حتى لو طلق قبل الدخول والمرأة حائض لم يكره مع وجود الحيض لعدم الإضرار ولو طول العدة بالطلاق ثم بالمراجعة ثم بالطلاق ثم بالمراجعة كره ولاحيض ، فتبين بانفصال النهي عن هذه الأشياء في هذه المواضع ، وانفصال هذه الأشياء عن النهي ان هذه الأشياء غير منهي / عنها حقيقة فلم يوجب فسادها ١٠٥/ب بخلاف مسألتنا فان الإنفصال غير متصور فاذا لم يتصور الإنفصال ، والنهي ان كان لمعنى شرط الخيار أو الأجل لكن هذا اذا شرط في البيع صار حقاً منه فيكون الشرط والبيع شيئاً واحداً والنهي عن البيع لأجله ، والنهي عن البيع عينه واحد ، ثم الدليل على الفرق بين مسألتنا وهذه المسائل فساد العقد في مسألتنا وعدم الفساد في هذه المواضع والذي قال ان الذي ينهى عنه متصلٍ بالعقد .

قلنا : قد جعلناه دليلاً عليكم ، ثم يقال لهم : هو وان كان متصلاً به على ما قلتم لكن افصلوه عنه لفساده ، أو قولوا يبطل الشرط لفساده ويصح العقد كما قلتم في الشروط الفاسدة المشروطة في النكاح .

وقد قال الخصوم في هذه المسألة : ان البيع في مسألتنا فاسد بوصفه لا بأصله . وربما يقولون مشروع من وجهٍ دون وجهٍ وعنوا ما قلنا ، والجواب ما سبق ، ولايلزم على ما قلنا الايمان على المعاصي ، لأن الايمان عندنا أسباب الكفارات ، والكفارات مؤاخذات ، والمؤاخذات تكون بالمعاصي فيكون وجوب الكفارات بالأيمان التي هي معاصي أولى ، وعلى هذا الظهار يكون سبباً للكفارة بهذه الطريقة ، وأما تعلقنا بفصل النكاح الفاسد فصحيح .

وقولهم " انه ينعقد " .

فباطل ، لأنه لو انعقد مع الفساد لوجب أن يحل بالطلاق ولأن النكاح لو انعقد لكان يفيد الحل ، لأن النكاح يعقد له .

وأما قولهم " ان النكاح مشروط بشرط الشهادة " .

قلنا : والبيع مشروط بشرط خلوه عن الشروط الفاسدة .

فإن قالوا : الخلو عدم والعدم لايكون شرطاً كما لايكون علة " .

قلنا : أليس شرط النكاح عدم العدة ؟ كذا في البيع صح شرط خلوه عن الأجل المجهول .

قولهم " ان اثبات الحل لايمكن " .

قلنا : اثبتوا ولاتبالوا ، فإن قالوا بالسبب الفاسد كيف يثبت الحل ؟

قلنا :كما جاز ثبوت الملك بالسبب الفاسد فليجر ثبوت الحل به وإلاّ فما الفرق ؟

وأما فصل الكتابة الفاسدة فهو في نهاية الإشكال .

وقد قال بعض أصحابنا : ان الفساد في الكتابة بفساد العوض ، والعوض تبع في الكتابة مثل المهر تبع في النكاح وبيان ذلك :

ان العوض تبع في باب الكتابة ان السيد لايعقد الكتابة ليطلب العوض لأنه يمكنه استكساب العبد وتبقية الرق ، ولكن الكتابة عقد معقود لمحض حق العقد وايصاله الى العتق ، وهذا ليس بشئ ، لأنه كيف يكون العوض تبعاً ويترك ذكره : تفسد الكتابة كالبيع بخلاف النكاح ، نعم ، كان يصح هذا الجواب لو قلنا ان الكتابة لاتفسد ، فأما اذا سُلِّم لهم فساد الكتابة بفساد العوض حتى لايلزم من قبل السيد العقد ويفسخ متى شاء ويثبت غير هذا من أحكام العقد الفاسد منها :

وجوب القيمة بعد اداء العوض المذكور ، والندب الى رفع هذا واعادته عقده صحيحاً وغير ذلك فلايصح هذا الجواب .

ومن أصحابنا مَنْ قال : انما يعتق لابحكم الكتابة الفاسدة بل بحكم التعليق بالصفة، لأن عقد الكتابة يشتمل على تعليق العتق بالشرط .

وربما يقولون : لابد منه فمن يجيب بهذا يقول : في الكتابة سببان للعتق ، الكتابة والتعليق بالصفة فان امكن اثبات العتق بالكتابة والا أثبتنا بجهة التعليق بالصفة، وهذا أيضاً ضعيف ، لأنهم يقولون عقد الكتابة جهة معلومة للعتق ، لأنه عقد لاستحقاق الرقبة واستحقاق الرقبة بالعتق ، والعتق بالتعليق جهة أخرى غير هذا الجهة ، ولهذا المعنى ثبت في الكتابة من الأحكام مالا يثبت في التعليق بالصفة من فَكّ الحجر في المال واستحقاق الأكساب والاولاد وغير ذلك .

فإن قلتم ان العقد ليس بكتابة أصلا فهو خرق الإجماع ، ولأن العقد أداء قبل

الصحة قبل الفساد ، وان قلتم ان المعقود عقد الكتابة فالحاصل من العتق يكون بها لابجهة أخرى ، ولأنكم ان قلتم ان التصريح بالتعليق بالأداء ليس بشرط فعقد الكتابة هو الذي اشتمل على العتق عند الأداء فاذا فسد العقد فسد ما شمل عليه . وان قلتم هو شرط فمحال ، لأن عقد الكتابة اذا كان معقودة على الرقبة وهو عقد استحقاق الرقبة فمن أين يشترط في الإستحقاق تصريح الإستحقاق عند الأداء ؟، ألا ترى لايشترط في البيع أن يقول على أني أملكه عند البيع واتصرف عند القبض ولأنه يصح فسخ عقد الكتابة فاسداً كان أو صحيحاً ، ولو كان العتق بجهة التعليق لم يصح فسخه وليس في هذا الفصل منع .

فإن قلتم انه مشروط في عقد الكتابة فيبطل بفسخه " .

نقول هو / مشروط في عقد الكتابة فليفسد أيضا بفساده ويلزمون ١٠٦/أ أيضاً سلامة الأكساب والأولاد وهي مسلمة على ظاهر المذهب ، ولأن العتق بجهة الكتابة لايتصور بدون سلامة الأكساب والأولاد وهذا الجواب ضعيف أيضاً عند التأمل .

ومن أصحابنامَنْ اقتصر على مجرد المحاجّة وقال : لاجامع بين الكتابة والبيع ، لأن صحة الكتابة يخالف عقود المعاوضات ، لأنها في الحقيقة معاوضة ماله بماله وعقد السيد مع عبده ، واذا كان هذا حكم الصحيح فما الظن بفسادها ، ولأن الفاسد من عقد الكتابة يفضي الى حصول كمال المقصود حتى يوجب تقرير الملك في الأكساب ويوجب استتباع الأولاد ، ولايكمل المقصود بالبيع الفاسد بحال حتى لايتقرر الملك ويجب الرد قال : والحزم هو الإكتفاء بهذا القدر .

وعندي الإكتفاء بهذا الجدال المحض ليس من الفقه في شئ ومَن اقتنع بأمثال

هذا في المسائل فهو زائغ عن طريقة المحققين راضي عن نفسه بما يجهله .

وغاية ما في الباب ان عقد الكتابة مخالف لسائر العقود .

والقياس ألا يجوز ، لكن اذا جوزنا وقبل وصفي الصحة والفساد يوفر على الصحة مقتضاه وعلى الفاسد مقتضاه كما في السلم والإجارات .

والمعتمد من الجواب :

ان الكتابة عقد عتاقة ، والعتق مبني في الشرع على أنه يجب السعي في تحصيله ويطلب وجوده بالتمسك بأدنى شئ يمكن التمسك به من وجهٍ ما ، ولهذا يكتفي في سببه ومحله بمالايكتفي به في الأملاك .

أما المحل فالدليل عليه : انه ان أعتق جزءاً من عبدٍ وان قلّ يسري الى جميع الأجزاء مع تركه مباشرة العتق إلاّ في هذا القدر .

وأما السبب فان الشرع اكتفى في تحصيله بمجرد القرابة ويعقد من السيد مع عبده في الكتابة وبأداء من ماله اليه في قوله " اذا أديت اليّ ألفاً فأنت حر"واحتمل فيه الغرر والحظر ما لم يحتمله في شئ من المواضع .

واذا عرف هذا الأصل في العتق فنقول : في الكتابة باشر السبب أعني سبب العتق وأخل بشرط فيجعل الشرط المتروك كالمذكور فيما يرجع الى العتق كما يجعل السبب المتروك في بعض المحل كالموجود المفعول وان لم يفعله ، فيجعل ههنا الشرط المتروك من اعلام العوض وغيره كالمذكور والمشروط .

وأما سلامة الأكساب والأولاد وفك الحجر وغيره اتباع في هذا العقد فاذا اعتبر هذا العقد شرعاً فيما هو الأصل ألحق به الأتباع .

والحرف ان الإعراض عن حكم الفساد في الشرع وقع لأجل العتق كما حصل الإعراض عن باقي المحل المعتق بعضه لأجل العتق وتنبني صحة هذا الجواب

بأصلهم فان عندهم البيع الفاسد لايوجب الملك بنفسه واذا أوجب ملكاً يستحق النقض والكتابة توجب العتق على ما أوجبه الصحيح منها ووجب بها عتق مستقر لاينقض ولايرفع وليس هذه المفارقة الا ان هذا عتق وهذا جواب حسن جداً ولايعرف معنى على الأصلين سوى هذا ولابد في قبوله من فصل نظرٍ وتمام عنايةٍ وتأملٍ عن الجهة الحسنى والله المعين بمنه .

وأما فصل الإحرام : فالوطء فيه جناية ، وقد افسد الحج إلاّ ان الحج بقاءه فيه منسوب الى الشرع وهو نوع معاقبة على الجناية وتشديد الأمر على مرتكبها ، وهذا لأن الإحرام وأداء الحج ابتلاء صعب وكلفة عظيمة وعبادة شاقة وفتح باب الخروج عنه مساهلة وسدّ باب الخروج تغليظ وتشديد وهو لائق بالجنايات .

وأما الفساد فقد عمل عمله حتى منع الإجزاء وأوجب استئناف الأداء ، والإجزاء في الحج كالملك ههنا فصار فصل الحج حجة عليهم فان الفاسد لايفيد الإجزاء بحال فالفاسد ههنا وجب أن لاتفيد الملك أيضاً بحال .

فقد طالت المسألة جداً وخرجت عن المشروط في الإيجاز لكنها لما كانت أصلاً في أصول الشرع وقاعدة من قواعده فبلغنا النهاية في التحقيق والكلام على معانيها ، وانما يعرف تعبنا في مثل هذه المسائل وما استخرجنا بلطيف نظرنا مَنْ تبحرّ في معاني الفقه وسبر طرق الأصحاب وعرف مغزى كلامهم ومنتهاه فتنبه له بلطيف صنع الله تعالى معنا في الغوص على هذه الجواهر المكنونة والوقوف على هذه الدرر المختارة وحمداً لله على توفيقه والله أعلم .

« مسألة »

بيع الفضولي باطل عندنا .[١] / ١٠٦/ب

وعندهم : صحيح[٢]

وصورة المسألة اذا باع مال الغير بغير اذنه فعندنا هو باطل .

وعندهم : منعقد صحيح ويتراخى الملك واللزوم الى اجازة المالك وكذا الخلاف في سائر العقود .

لنا :

ان البيع عقد تمليك فلا يصح إلاّ من المالك ، وهذا مستغن عن الأصل وان احتاج الى أصل فقياساً للعقد الموقوف على العقد النافذ اللازم وانما قلنا عقد تمليك ، لأن البيع ليس له معنى إلاّ ايجاب الملك للمشتري بعوض وايجاب الملك تمليك فدل انه عقد تمليك ، ولأن قوله " بعتك هذا العبد وملكتك هذا العبد " واحد ، وهذا لأن ايجابه لغيره ما ليس له محال وسعي ضائع .

فان قالوا : هو تمليك موقوف وغير المالك إنما لايصح منه التمليك الناجز ، فأما التمليك الموقوف فيصح منه .

والجواب : انه باطل سواء كان موقوفاً أو غير موقوف ، فإن بطلانه جاء من قبل

---

(١) المهذب : ٣٤٩/١ ، المجموع : ٢٥٠/٩ ، التهذيب للبغوي : ورقه ٦٣/ب ، كتاب البيوع .

(٢) مختصر القدوري : ٢٥٣/١ ، تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين : ١٠٦/٥ ، الهداية مع شروحها : ٥١/٧ ، اللباب في الجمع بين السنه والكتاب : ٥٠٦/٢ ، وهو القول القديم للشافعي ، انظر : التهذيب ورقة ٦٣/ب (كتاب البيوع) .

انه تمليك ومن ضرورة التمليك وجود الملك له وهذا كالحسيّات فان من ضرورة النقل الحسي وجود منقول ، كذلك في ضرورة النقل الحكمي وجوده ولا منقول فكيف ينقل موقوفاً أو غير موقوف .

فإن قالوا : انه تمليك من قبل مالكه لا من قبل العاقد .

قلنا : كيف يكون تمليكاً من قبله وهو لم يعقد ولا علم بالعقد وان كان تمليكاً من قبل العاقد عليه فلابد من ولاية له عليه لتملكه من قبله ولا ولاية له فلم يبق لجواز هذا العقد وجهٍ ما .

وقد ذكر نوع آخر من الفقه : وهو ان العقد يعقد لحكمه ولا حكم لهذا العقد فلا عقد ، ونعني " بالحكم " هو الملك .

والحرف ان عندهم قد انعقد هذا العقد وليس يتصور انعقاد عقد يتخلف عنه حكمه، وهذا لأنه انما ينعقد لحكمه فاذا لم يكن حكمه لم ينعقد، والأول أحسن .

وأما حجتهم :

قالوا : تصرف صدر من أهله في محله فينعقد ، كما لو صدر من المالك وانما قلنا صدر من أهله ، لأنه عاقل مميز ، والأهلية بالعقل والتمييز وانما قلنا في محله ، لأن محل العقد هو المال ، ومحل العقد هو المال الذي يقبل النقل من مالكٍ الى مالك .

يبينه : ان العقد انما يحتاج الى فاعل يفعله والى محل ينفعل فيه فثبت يقينا ونظيره الحسيات اذا وجد للشئ فاعل يفعله ، ومحل ينفعل فيه لابد أن يصير مفعولاً كذا ههنا .

قالوا : ولأنه لو امتنع ثبوت العقد لايمتنع لحق المالك فلايجوز أن يمتنع لحقه لأن الذي له هو الملك وحق ملكه ان يصان عليه وليس في انعقاد هذا العقد

ابطال لحق له ولا ترك صيانة لملك له بوجهٍ ما فلم يمتنع انعقاده لحقه .

والحرف انا لانبطل لحقه مالايؤدي الى تضيع حقه .

يدل عليه : ان فيما قلناه عمل بالدليلين لأنا نقول ينعقد العقد لوجود الأهلية والمحلية ، ولأن كلام العاقل البالغ لايلغي ما أمكن ، ونقول لايثبت الملك للمتشري به صيانه لحق المالك عليه فهذا وجه العمل بالدليلين .

وفيما قلتم إلغاء أحد الدليلين وهو دليل الإنعقاد فلايجوز وربما يعبرون عن الكلام الأول فيقولون هو وان تصرف في ملك الغير ولكن لاضرر على ذلك الغير في تصرفه فلاينقض ولايرد ، كَمَنْ نظر الى غلام الغير أو جاريته أو استظل بأشجاره وجدرانه أو تطرق ارضه ولم يكن هناك زرع أو لبس ثوب غيره فانه لايمنع منه وان تصرف في ملك الغير ، لأنه لاضرر عليه في هذه التصرفات فلم يمنع منها لما ذكرنا .

قالوا : وقولكم " عقد تمليك " بلى ، ولكن لايطلب لجواز عقد التمليك إلاّ وجود ترتب الملك على العقد أما في الحال أو ثاني الحال ، وههنا يترتب عليه الملك في ثاني الحال ان لم يترتب في الحال وذلك عند الاجازة فجاز هذا العقد وانعقد لانتظار هذا الحكم وبهذا اعترضوا على قولنا" انه لاحكم لهذا العقد " .

قالوا : لا ، بل حكمه موجود وان تراخي عن العقد وذلك عند الاجازة من المالك فانعقد العقد لجواز وجود حكمه ، وليس من قضية البيع تعقب الحكم اياه بدليل البيع بشرط الخيار للبائع فانه ينعقد العقد وان تراخي الملك وعلى ان حكم هذا العقد وموجبه هو الانعقاد الشرعي ولم يتراخَ عن العقد ثم له موجب آخر وهو الملك ، وذلك عند الاجازة وقد بينا جواز تراخيه .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان هذا العقد تخلف عنه محله لأن محل الإنعقاد كلام

المتعـاقدين ولم يتـخلف وانما تخلف / الملك ومحله العين وحين يوجد ١٠٧/أ الملك فالمحل موجود .

قالوا : وأما اذا اشترى للغير فعندنا العقد منعقد ، وانما يتكلم فيه الا انه ينفذ على العاقد ، لأنه يوجد نفاذاً عليه حتى إذا لم يوجد نفاذاً عليه بان كان العاقد صبياً أو محجوراً عليه يقف على من اشترى له .

وربما يقول : اذا قال اشتريت لفلان يقف عليه أيضاً ، لأنه اذا صرح بذكر فلانٍ لم يجد العقد نفاذاً على نفس العاقد فوقف على إجازة فلان .

وقال بعضـهم : في هذه الصورة يلغو ذكر فلان وينفذ على العاقد نفسه لأن المشتري هو العاقد بكل حال على أصولنا .

وقد تعلق مشـايخـهم بفصل الوصيـة بمازاد على الثلث وقـالوا : قـد وقـف على إجازة الورثة فليقف ههنا على اجازة المالك .

وتحريرهم معروف .

وزعم بعضهم : انه اذا جاز توقف أحد شقي العقد على انضمام الشق الآخر اليه جاز أن يقف الشقـان على الاجازة كالشاهد. لما توقف قـوله على وجود شاهد ثانٍ جاز أن يقفا جميعاً على قضاء القاضي .

وقد قال بعضهم : ان العقد يقف على الفسخ فيقف على الاجازة وصورة الوقوف على الفسخ اذا باع بشرط الخيار والتمسك ضعيف ، والأعتماد على الأول .

الجواب :

ان الأهليـة والمحليـة على الجملة مـسلمـة لكن وجـود الأهليـة والمحليـة على الجملة انما يوجب جـواز التصرف على الجملة ، فـأمـا جواز التـصرف من شـخص مـخـصوص في مـحل مـخـصوص انما يبنى على مـعنى يختـص بهذا الشـخص في

هذا المحل فاذا لم يوجد لم يجز ، ثم يقال لهم : بلى وجد التصرف من أهله في محله ولكن وجد مانع من الجواز وهو عدم الملك للعاقد وهو ليس بمالكٍ ولا ولاية له على المالك ولا نيابة عن المالك وعقد التمليك لايصح إلاّ أن يصدر إلاّ من أحد هؤلاء الثلاث .

فان قالوا : لِمَ وهل وقع النزاع إلاّ فيه ؟

قلنا : لأنه عقد تمليك ومعنى هذا انه ايجاب الملك وايجاب الملك من غير المالك محال .

فان قالوا : انما يستحيل منجزاً فأما موقوفاً يجوز .

قلنا : عقد ايجاب الملك انعقد عندكم واذا انعقد يحقق ايجاب الملك به في الحال وايجاب الملك بلا ملك غير متصور .

فان قالوا : يوجبه في ثاني الحال .

قلنا : ايجاب الملك من غير مالك لايجوز لا في الحال ولا في ثاني الحال ثم نقول عدم المالكية له مستدام فمنع جواز ايجابه الملك يستدام .

وقولهم : " ان فوات الملك لايصلح مانعاً " .

قلنا : يصلح لما قدمنا .

وقولهم : " انه لو امتنع امتنع لحقه وهذا التصرف لايخل بحقه " .

قلنا : يجب النظر أولاً الى السبب والى نفس العقد هل يتصور وجوده من هذا العاقد والى محل العقد هل وجد في محل حكمه أو لا ؟

وقد بينا انه لم يوجد واحد منهما في مسألتنا .

وقولهم : " لاضرر عليه " .

قلنا : التصرف على الغير يمتنع وان لم يتضمن ضرراً عليه كالتبادل

بالمثليات التي لاتتفاوت ، والمسائل التي أوردوها فليس هي بتصرفات على الانسان ، وعلى ان القياس كان يقتضي أن يمتنع منها إلاّ ان الشرع جوّز ذلك لدفع الحرج عن الناس ، فان المنع من هذه الأشياء حرج عظيم ، وان منع من أمثال هذا يقضي ذلك أيضاً المنع من النظر الى جدار الغير ووجه الغير ومماسة الغير وامثال هذا في نهاية الضيق وغاية القبح .

والذين قالوا : ان موجب العقد قد يتأخر "

قلنا : لايجوز ان يتأخر بحال على أصلنا ، والأصح من مذهبنا ان الخيار لايمنع ملك المشتري ، وعلى انه انما يتراخي بتأخير من يملك تنجيزه ، فأما مَنْ لايملك تنجيزه كيف يملك تأخيره ؟ .

وقولهم : " ان الإنعقاد قد ينجز " .

قلنا : الإنعقاد ليس بموجب انما الإنعقاد نفس العقد وانما الموجب الملك فحسب .

وأما كلام مشايخهم واهية منحلة القوى .

أما الوصية فعلى احد قولي الشافعي يجوز من الوارث ابتداءً وعلى القول الآخر الوصية بمازاد من الثلث عقد صادف ملكه الا انه تعلق به حق الغير وسقط بالاجازة ، وقد وجد هناك عقد تمليك من المالك .

وههنا في مسألتنا من غير المالك وانما توقف احد شقي العقد على الآخر فليس هناك توقفاً انما يوجد احد شطري العقد ويتم بالشطر الآخر وكذا في الشهادة وجد أحد شطري البينة وتتم بالشطر الآخر ولاتوقف .

وعلى انه ان سلم التوقف فذاك لضرورة ، وهي انه لايتصور ان يتواجبا معاً معاً وان تصور ففي اعتباره عسر ومشقة فيجوز على التعاقب تسهيلاً / ١٠٧/ب

للأمر على الناس .

فأما في مسألتنا فليس في ترك تجويز العقد على مال الغير حرج على أحد.

وقولهم : " ان العقد يتوقف على الفسخ فيتوقف على الاجازة " .

فهذيان ، لأن على الوجه الذي يفسخ يجاز ويلزم ، وعلى الوجه الذي لايتوقف العقد اذا عقد على المالك لايتوقف الفسخ اذا فسخ على العاقد ، وعلى ان ملك الفسخ بعد العقد برضا صاحبه مثل ملك العقد برضا مالكه وصاحب العقد يفسخ الخيار برضا صاحبه فأين الرضا في مسألتنا ؟ .

ولأن الفسخ صادف محله ، لأنه يفسخ عقداً عقده ، وأما في مسألتنا فقد أخطأ العقد محله ، لأنه يوجب ملكاً لغيره ، وليس بحاصل له في نفسه وهو محال والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

الكافر اذا اشترى عبداً مسلماً لم يجز على أحد قولي الشافعي وهو المختار.[(١)]

وفي القول الثاني : يصح ويجبر على بيعه [(٢)] وهو قولهم .[(٣)]

لنا :

انه بالشراء مكتسب مالكية المسلم فلا يصح شرعاً ، كما لو تزوج بمسلمة ، وكما لو استرق حراً يكون استرقاقه باطلاً كذا ههنا ، وانما قلنا انه مكتسب مالكية المسلم ، لأنه لم يكن مالكاً فصار مالكاً بشرائه .

وأما وجه منع هذا بالإسلام فان المالكية سلطنة وقهر عظيم ولا قهر ولا سلطنة فوقها وشرف الإسلام يأبى ثبوت ما هذا سبيله للكفار على المسلمين ، لأن وضع الشرع ان يكون الكفار في قهر المسلمين محسوساً ومحكوماً ، فإثبات المالكية للكافر على المسلم يخالف وضع الشرع فمنعه الشرع .

فان قيل : الذل في الملك والملك ولم يحدث بالشراء بل كان موجوداً من قبل .

قلنا : المالكية قد حدثت للكافر على المسلم وان لم تحدث المملوكية فيمنع من حدوث المالكية .

---

(١) النكت : ورقه ١٤٤/ب ، المهذب : ٣٥٥/١ ،المجموع : ٣٤٨/٩ ، ٣٥٣ ، وعبر عنه النووي بالأصح ، وقال : البيع حرام بلا خلاف وفي صحته قولان مشهوران " اهـ .

(٢) النكت : ورقه ١٤٤/ب ، المهذب : ٣٥٥/١ ، المجموع : ٣٤٨/٩ ، ٣٥٣ .

(٣) الاسرار: ٢/ ٨٨/أ (مراد ملا) المبسوط : ١٣٠/١٣ ، رؤوس المسائل :ص ٢٩٠.

يدل عليه : ان الكافر اذا تزوج بمسلمة لايجوز ، والمالكية في النكاح دونها في ملك اليمين بل ملك النكاح في الحقيقة مشترك بين الزوجين .

وأيضاً فان الملك فيه على نوع يجوز وليس تمليك حقيقة فاذا بطل نكاح الكافر في المسلمة دفعاً لذلك القدر من مالكية المسلم وقهرها بالإستفراش الحاصل ، فلأن يمنع في مسألتنا حقيقة المالكية وقهر المسلم بالإبتذال والإمتهان والإستعمال من كل الوجوه أولى .

ونستوضح هذه الطريقة بفصل البقاء فان ملك الكافر لايستبقى على العبد المسلم دفعاً لقهره عنه وسلطانه عليه فاذا قطع البقاء مع سهولة أمره فلأن يمنع الابتداء مع عسر أمره أولى ، ويمكن أن يقال أيضاً بيع نهي عنه لمعنى في المحل فيكون فاسداً كبيع الحر ونعني بقولنا : " لمعنىً في المحل " هو الإسلام ، ودليل وجود النهي ان الكافر لايمكن في شراء العبد المسلم ولو اطلع عليه الامام منعه وعزّره والإعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

قالوا : يملك الكافر بيعه فيملك شرائه .

دليله : اذا كان كافراً ، وهذا لأن البيع والشراء تصرف واحد فان البيع تملكه لملكه محله والشراء يملكه لتملك محله فصار بمنزلة تصرف واحد ، فاذا ملك احدهما يملك الآخر .

والفقه ان قالوا : ان الكافر من أهل الشراء والعبد المسلم محله فهذا تصرف من أهله في محله فلو امتنع لامتنع لأجل حكمه إلاّ ملك الكافر العبد المسلم وهذا حكم مشروع ، بدليل انه اذا أسلم العبدُ الكافر بقى على ملكه الى أن يبيع ولو كان غير مشروع لانتفى الملك باسلامه ، لأن غير المشروع لايثبت لا ابتداءً ولا

بقـاءً ، ولايجـوز أن يقـال انما لـم يزل ملكه لعـصـمـة ملك الذمي ، لأن المنافي للملك اذا وجد انتفى الملك معصوماً كان أو غير معصوم كالرضاع اذا طرأ على النكاح يبطله ، وعـصـمـة النكاح مـثل عـصـمـة ملك اليـمين أو فـوقـه ومع ذلك أبطلهـا الرضـاع ، لأنه مناف وفي مـسـألتنا بقى الملك دل ان اسـلام المحل غـيـر منافٍ لملك الكافر واذا لم يكن منافياً بقى مشروعاً فعرفنا ان ملك الكافر العبد المسلم مشروع .

ويدل عليـه : انـه لو مـات هذا الكافـر جـرى الإرث في العـبـد المسلم جريانه في العبـد الكافر ولم يمنع منه إسلامه ، ولايجوز أن يقال ان هذا الملك يثبت حكماً وبالشـراء ثبت قـصـداً ، وذلك لأن الملك وان ثبت حكمـاً ولكن لايثبت إلاّ لأهله في مـحله ، ولولا ان الكافـر أهل لملك العـبـد المسلم والعـبـد المسلم مـحل لملك الكافر اياه وإلاّ لم يثبت هذا الملك ، وإن كـان ثبوته بطريق الحكم ، وهذا لحقيـقة وهو ان ملك العـبـد بعد شراء الكافر اياه هو الملك / الذي كـان ثابتـا ١٠٨/أ من قـبل ولم يحدث بالشـراء في المحل ملك أصلاً وانما تبدلت الاضافة فـالى الآن كان الملك مضـافاً الى المسلم والآن هو مضاف الى الكافـر ، وهذه الاضافة لايأباها الشرع لما بينا من المسألتين .

قـالوا : وخرج على هذا النكاح وانه يحدث في المحل ملكاً لم يكن ثابتـاً من قبل فشرف الإسلام منع منه ، كما منع الإسترقاق ابتداءً .

وربما يقـولون : كـان منع النكاح بالنص غيـر معـقـول المعنى ، والنص قـوله تعـالى ﴿ وَلاتُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤمِنُوا .... ﴾[1] فلم ينظر الى الأهلية والمحليـة

---

(١) سورة البقرة آية (٢٢١) .

مع وجـود النص ، وأمـا في مـسـألتنا لانص يمنع منه وقـد بينا وجـود الأهليـة والمحلية فثبت الملك ولم يمنع منه شئ .

قالوا : وأما وجوب البيع في البقاء مثل النهي عن الشراء في الابتداء والسبب في ذلك ان الملك سبب للإستخدام ، والإستخدام استذلال حساً ، والكافر يمنع من استذلال المسلم .

وربما يقولون : لو أبقينا هكذا ربما يستعمله فيما لايحل غيظاً منه عليه لأجل دينه فيقصد الإنتقام منه ، وكذا في المصحف يقصد الإستهانة به فالشرع أوجب بيعه وقطع ملكه عنه لهذا المعنى ، فأما أصل الملك فلامانع منه ، وقد قام دليل الثبوت على ما سبق فحكم بثبوته .

وحرفهم : انه لادليل في الابتداء على منع الملك فصح الشراء وثبت الملك وقد قام الدليل في البقاء على وجوب القطع فوجب القطع بالبيع .

وربما يقولون : لو كان في نفس الملك ذلاً وجب أن لايجوز للمسلم شراؤه ، ولأنه كما يمنع الكافرين من استذلال المسلم فيمنع المسلم أيضاً من اذلال المسلم ، وفي الخبر " ليس للمؤمن أن يذل نفسه .... " [1] فثبت بهذا أنه ليس في نفس الملك ذل فبقى الذل في الإستخدام فوجب قطع سببه بالبيع .

قالوا : ولايدخل على هذا ان يقال انه يمكن أن يحال بينه وبينه لئلا يستخدمه ، لأن الحيلولة مع وجود ملك المنافع لايجوز فلم يبق الا قطع السبب

---

(١) رواه ابن عدي في الكامل : ٥/ ١٧١ .

قال ابن عدي :فيه عمر بن موسى بن سليمان أبو حفص الحادي الشامي بصري ضعيف يسرق الحديث ويخالف في الاسانيد ... " اهـ .

وذكره ابو نعيم في الحلية : ٨/ ١٠٦ .

برفع الملك بيعاً حتى لو كاتبه يترك على ملكه ، لأن عقد الكتابة مزيل ملك المنفعة ولايبقى معه الا ملك الرقبة ، وأيضاً بالكتابة يؤول أمره الى العتق فيكون خيراً له من بيع يبقيه في الرق .

ثم قالوا : ليس فيما انه لايبقى ملكه ما يدل على انه لايثبت كما نقول في ملك الابن أباه فانه لايبقى للابن عند شرائه اياه ومع ذلك ثبت ابتداءً .

وقد حرروا وقالوا : بيع نهي عنه لمعنى في غيره فلايمنع انعقاده .

دليله : البيع وقت النداء ، والبيع على سوم أخيه .

وانما قلنا : نهى عنه لمعنى في غيره وهو أن البيع سبب لملك الإستخدام والإستخدام معنى غير البيع .

وقيل : انما نهى عنه لأنه يوجب طاعة الكافر على المسلم وهذا حرام فنهى عنه لهذا المعنى وهو معنى غير البيع مثل الأصول التي ذكرناها فلم يوجب فساد البيع .

الجواب

أما قياس الشراء على البيع ، فقياس باطل ، لأن احدهما مأمور به والآخر منهي عنه ، وقياس المأمور به على المنهي عنه في اثبات التسوية بينهما في الجواز قياس فاسد ، ثم هو خارج على ماذكرنا ، وذلك لأن البيع رفع مالكية المسلم والشراء اثبات مالكية المسلم وشرف الإسلام داعى الى رفع المالكية مانع من اثبات المالكية ، ويدخل على فصل البيع فصل النكاح فان طلاق الكافر المسلمة صحيح اذا اسلمت المرأة ثم طلقها زوجها ونكاحها باطل ، وكان المفرق ما ذكرنا قولهم ان احدهما رفع النكاح والآخر اثباته كذلك هاهنا .

وأما قولهم : " ان أهلية البيع ومحلية البيع قد وجدت .

قلنا : قد ذكرنا على هذا وجهاً من الكلام بطريق المجادلة .

يبينه : ان الكافر لايجوز اذا تزوج بمسلمة مع وجود الأهلية والمحلية على مازعموا لكن نظر ورائه الى معنى آخر يتصل بالمحل والعاقد على الخصوص كذا ههنا ينظر وراء الأهلية والمحلية الى معنى يتصل بالعاقد والمحل على الخصوص، وقد ذكرنا ان الكافر ليس بأهل المالكية العبد المسلم ولا العبد المسلم محل لمالكيته .

وقولهم : ان ملك الكافر العبد المسلم مشروع " .

قلنا : من حيث الكسبية فلا ، وهو كالصيد فان ملك المحرم إياه مشروع في الإرث ولكن من حيث الكسبية فلا ، وكذا في نكاح الكافر المسلمة في الجملة مشروع بدليل ان زوجة الكافر اذا اسلمت بقى النكاح عندنا الى انقضاء الأقراء[١] ، وعندكم حتى يعرض الإسلام على الآخر فيأبى ويفرق / ١٠٨/ب بينهما [٢] ، واذا كانا في دار الحرب يبقى النكاح والى انقضاء الاقراء ، ثم كون النكاح مشروعاً في هذه الصورة لايدل على انه مشروع كسباً كذلك ههنا .

ثم نقول اذا اسلم العبد الكافر انما بقى ملك الكافر بعصمة حقه واذا قلنا بزول الملك ابطلنا حقه وعصمة حقه تمنع ابطال حقه .

وقولهم : " ان المنافي اذا وجد ينتفي الملك وان كان معصوماً .

قلنا : لانقول أن الشراء لايصح لأجل المنافاة بل لما بينا من المعنى وذلك لايوجد اذا أسلم العبد في ملك الكافر، لأنه لم يوجد من الكافر كسبه ونظيره :

---

(١) روضة الطالبين : ١٤٢/٧ ، ٢٤٣ ، النكت ورقه : ٢٠٧/ب ، ٢٠٨/أ .

(٢) البحر الرائق : ٢٣٠/٣ .

المحرم اذا اشترى الصيد لايصح ، لأنه اكتساب مالكية ، واذا أحرم وفي ملكه صيد بقى على ملكه ، لأنه لا اكتساب ، كذلك ههنا .

واذا ثبت بقاء العبد على ملكه فاذا مات ورثه وارثه ، لأن ملك الوارث بقاء على ملك المورث حكماً كأنه استديم ملك المورث ولهذا يرد الوارث على بائع مورروثه ، ولهذا نحن نقول : ان حول الوارث ينبني على حول المورث فاذا كان الملك بمنزلة المستدام دون المتجدد ولم يمنع منه الإسلام بخلاف ملك المشتري ، والدليل على هذا الفرق فصل الصيد ولا فرق إلاّ هذا .

وقولهم : " ان الملك بعد الشراء هو الملك قبل الشراء " .

قلنا : بلى ، ولكن المالكية متجددة فكما ان استرقاق الكافر المسلم يمنع منه لتجدد المملوكية فشراء الكافر العبد المسلم أيضاً لتجدد المالكية ، وهذا لأن المالكية نهاية في العز والمملوكية نهاية في الذل ، والإسلام كما انه مخيل في نفي مذلة المسلم فالكفر مخيل في نفي اعزاز الكافر فاذا لم يجز اذلال المسلم بتجديد المملوكية للكافر لايجوز اثبات العز للكافر بتجديد المالكية للمسلم ، وهذا في نهاية الإعتماد وعلى غاية الظهور .

وقولهم : " انه لايمنع الإسلام ملك المسلم اياه " .

قلنا : كان ينبغي أن يمنع إلا انه ترك ذلك بالإجماع واحتمل هذا الذل في حق العبد المسلم لكنه أهون من الذل الذي يقع بملك الكافر اياه ، ولايحتمل الأعظم باحتمال الأهون ، وهذا كما انه يجوز نكاح المسلم المسلمة ، لأنه أهون الذلين ، ولم يحتمل نكاح الكافر اياها قياساً عليه ، لأنه أعظم الذلين فلم يحتمل قياساً على الأهون كذلك ههنا .

وأما اعتذارهم عن منع بقاء الملك بفصل الإستخدام .

قلنا : ذل الملك فوق ذل الإستخدام ، وهذا لأن الإستخدام يجري فيه التباذل

بين الأحرار ويكتسب الانسان به صفة السيادة على ما قيل : سيد القوم خادمهم ، والملك نهاية الذل وغاية القهر وبهذا الطريق صلح ضرب الرق عقوبة على الكافر ، فَمَنْ ادعى انه ليس في نفس الملك ذل ، أو قال : في الإستخدام ذل فوق ذل الملك فهو ضعيف العقل قليل البصيرة ، وعلى أنا سلمنا ان الذل في الإستخدام فملك المحل سبب ملك الإستخدام واسباب المعاصي واجب قطعها مأمور به ردها ودفعها .

وأما فصل شراء الأب فحرمة الأبوة انما لم تمنع منه ، لأن الشراء مجازاة عندنا بنص الرسول عليه السلام وهو قوله (لن يجزئ ولد والده إلا ان يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه) [١] .

فجعل الشراء مجازاة للأب ، ومجازاة الأب على حقه كيف يمنع منه ؟ وانما صار مجازاة بالنظر الى ما يؤول اليه .

وعندكم : هو اعتاق فصار الشراء وان كان محسوساً اكتساب مالكية الأب . إلا انه من جهة الشرع مجازاة للأب على حقه فاعتبر الشرع ولم يتصور المنع منه ، فأما هذا فهو اكتساب مالكية المسلم على ما سبق .

---

(١) رواه مسلم في صحيحه : ١٥٢/١٠ مع النووي ، باب فضل عتق الوالد .
والترمذي في سننه : ١١٨/٣ مع التحفة ، باب في جاء في حق الوالدين .
والطحاوي في مشكل الآثار : ١٤١/٢ .
وأبو داود في سننه : ٣٥٠/٥ مع المعالم ، باب في بر الوالدين .
وابن ماجه : ١٢٠٧/١ ، باب برو الوالدين .
وأحمد في مسنده : ٤٤٥/٢ ، ٢٣٠ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥ .
وكلهم يروونه بلفظ : " لايجزئ ...... " .

وبعضهم قال : الشراء وان أوجب الملك لكن احتمل الملك لأجل العتق الذي يؤول اليه ، كما يحتمل الحرج لما يؤدي اليه من العافية .

والأول أحسن ، ولم نعتمد على الصيد ابتداءً ، لأن بيعه لايجوز لكن لا اعتماد على ما ذكرنا في اثناء المسألة .

وهم قالوا : الحرمة عينه بنص الكتاب لم يجز بيعه ، أو لأنه آمن وفي الشراء تعرض له بتخويفه ، والصيد في موضع الزمنا عليهم واقع . والله اعلم بالصواب .

مسألة

بيع لبن الآدميات جائز عندنا .[١]

وعندهم : لايجوز .[٢]

ومرجع الخلاف الى انه مال أم لا ؟

فعندنا : هو مال .

وعندهم : ليس بمال .

لنـا :

ان المال ما خلق بذلة لمصالح بني آدم واللبن بذله لأصلح المصالح .

أما بيان المصلحة : فلأن فيه مصلحة الأطفال .

وأما بيان الأصلح : لأنه لايقوم غيره مقامه واذا كان بذلة في / ١٠٩/أ مصلحة الآدمي بل فيه أصلح مصلحة كان مالاً ، واذا كان مالاً يجوز بيعه وهذا لأن البيع نوع رغبة في الشراء إلا انه رغبة ببذل عوض في مقابلته فكل ما صحت الرغبة اليه لقيام مصلحة به صحت الرغبة اليه بعوض وغير عوض ، والمعنى بالصحة صحة الرغبة اليه شرعاً .

يدل عليه : ان الرغبة اليه صحيحة في الإجارات فانه اذا استأجر ظئراً لترضع ولده فانه يجوز ، وهذه رغبة شرعاً الى اللبن بعقد معاوضة ، لأن الرضاع

---

(١) النكت ورقه ١٤٤/أ ، المجموع : ٢٤١/٩ ، الروضة : ٣٥٣/٣ .

(٢) الاسرار ورقه : ٨٩/٢/أ (مراد ملا) .

بدائع الصنائع : ٣٠١١/٦ ، رؤوس المسائل : ص ٢٦٥ .

لايكون إلا باللبن فلما صحت في ضمن عقد الإجارة صحت مفرداً بالشراء كالحبر في الكتابة والصبغ في الثوب .

وأما حجتهم :

قالوا : ليس بمال ، لأنه جزء من الآدمي ، والآدمي لايكون مالاً فأجزاؤه لاتكون مالاً ، وهذا لأن الآدمي خلق لتكون الأشياء له لا يكون هو لشئ غيره إلا في العبودية لله تعالى ، فانهم خلقوا ليكونوا عبيد الله تعالى ، وهذا لأنه محترم مكرم بحرمات الشرع وكراماته ، ومن حرمته وكرامته أن لايكون مالاً هو ولا شئ من اجزائه ، فإن المالية في الشئ مشعرة بالإبتذال والإمتهان والإبتذال والإمتهان ضد الإحترام والإكرام .

والحرف : ان المال بذلة والمبتذل مهان وكرامة المحل وشرفه بكونه آدمياً يمنع هذه الإهانة .

وأما الدليل على الجزئية في اللبن انه عين خلق منها فيكون جزء لها كالولد ، وقد دلت على الجزئية في الولد قوله عليه السلام لفاطمة انها بضعة مني) [(١)] ولأن اللبن له حكم الماء بدليل ثبوت حرمة الرضاع به والماء جزء من الآدمي فكذا اللبن ، والدليل على ان الماء جزء منه انه سلالته ، والسلالة من الشئ جزء يستل منه فثبتت الجزئية بهذا الطريق ، واذا ثبتت الجزئية فانتفت المالية .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٩/٣٢٧ مع الفتح .

ومسلم في صحيحه : ١٦/٦٠٢ مع النووي ، باب فضائل فاطمة رضي الله عنها .

وابن ماجه في سننه : ١/٦٤٣ .

قالوا : وأما الإنتفاع جاز للضرورة ، كما يجوز الإنتفاع بالميتات للضرورة والضرورة حياة الأطفال ، فإنه لاحياة لهم إلا بألبان الأمهات ولئن غُذّوا بغير ألبان الأمهات هلكوا في غالب العادات .

قالوا : حتى انه لو وقعت الغُنية حرم الإرضاع ، ولايحل للرجل شربه وليس كالمنافع من الأحرار ، لأنها ليست بأجزاء لهم ولايتصور ثبوت الجزئية في المنافع، لأن الاجزاء من الأعيان أعيان ، ومن الجواهر جواهر انما المنافع مخلوقة في الأشياء تظهر بطريق الإنتفاع بها من غير ان تكون أجزاء بها .

قالوا : وعلى هذا لبن الأمة لايكون مالاً أيضاً لأن الأمة في الأصل ليست مالاً ولاخلقت مالاً ، وانما صارت مالاً بعارض الرق ولا رق في اللبن فبقى غير مال على ما خلق عليه الشخص في الأصل .

قالوا : وأما الإجارة فهي دليل عليكم ، لأن ما يستحق بعقد الإجارة لايجوز بيعه ، دليله : المنافع ، ثم قالوا : لايسلم ان عقد الإجارة يتناول اللبن انما يتناول الحضانة إلا ان الحضانة لاتمكن الا باللبن فكأنه آلة لما وقع عليه عقد الإجارة وهو كالأصابع للخياطة فإنها آلة الخياطة إلا ان عقد الإجارة وقع عليها ، كذلك ههنا ، فلم يجز الإستدلال بعقد الإجارة ، لأنه انما يصح الإستدلال بها ان لو تناول عقد الإجارة اللبن فاذا لم يتناولها بالطريق الذي قلنا بطل التعلق به .

الجواب :

أما قولهم : " ان اللبن جزء من الآدمي فلا يكون مالاً " .

قلنا : يجوز ، ان نازعوا في هذا ، فيقال: ليس بجزء ، لأن الجزء من الجملة من حقه انه اذا فصل من الجملة لاتبقى الجملة على ما كانت كالواحد لما كان جزء من العشرة اذا فصل عنها لاتبقى العشرة بل هو شئ مودع في ثديها كالولـــد

مودع في بطنها مثل ثوب في عيبة وحنطة في جراب فلا جرم لايكون الثوب جزء من العيبة ولا الحنطة جزء من الجراب ، وقوله عليه السلام لفاطمة (انها بعضة مني) [١] معناه " انها ابنتي " .

وأما الماء فكذلك ليس بجزء من الانسان انما هو شئ مخلوق في صلبه ليخلق منه الولد وتنزله الشهوة وتحلله ، فأما أن يكون جزءً حقيقة فلا ، كما بينا ، ولئن سلمنا انه جزء نقول : فلم قلتم لايجوز أن يكون مالاً ؟ وليس لهم تعلق الا بالجملة ، لأنهم يقولون جزء من الجملة فصار كالجملة .

قلنا : انما لم تكن الجملة مالاً لمعنى لايوجد في اللبن ، وذلك المعنى هو صفة الحرية والكرامات والحرمات التي تعلقوا بها كلها مبنية على قاعدة الحرّية، فإنه لما خلق حراً لم يكن مالاً ، والحرية هي المضادة للمالية الآدمية ، فإن العبد اذا صار مالاً ذهبت الحرية عنه وبقى كونه آدميا على ما كان فاذا لم يكن مالاً لكونه حراً فكل / محل كان محل الحرية لم تتحقق فيه المالية ، ١٠٩/ب ومالايكون محلاً للحرية تتحقق فيه المالية بعد أن يكون بذلة لمصلحة واللبن ليس بمحل الحرية ولا هو محل الرق ، وقد سلموا هذا على ماذكروا في لبن الأمة واذا لم يكن محل الحرية صح وصفه بالمالية ، وهذا جواب معتمد .

وقولهم : " ان الإنتفاع للضرورة " .

قلنا : الضرورة التي تعتبر في الميتات لايمكن تحقيقها في مسألتنا فأنا أجمعنا على جواز الرضاع باللبن لايقف على خوف الهلاك وانما الموجود حاجة عامة والمعدّ لحاجة عامة أو لمصلحة عامة يجوز وصفه بالمالية .

---

(١) سبق تخريجه .

دليله : سائر الأطعمة ، وهذا لأن اللبن طعام الأطفال وهو كطعام الرجال أو نوع غذاء فهو كسائر الأغذية .

وأما الإستشهاد بفصل الإجارة فلا بأس به ، فإن الإجارة عندنا نوع بيع فكل ما يستحق بالعقد فالعقد متناول إياه ، واللبن مستحق بعقد الإجارة .

وقولهم : " ان العقد انما يتناول الحضانة " .

قلنا : نصور فيما اذا استأجر امرأة لترضع ولده والرضاع لايكون إلا باللبن وان نصّ على الحضانة فهي مشتملة على الرضاع باللبن .

وقولهم : " انه آلة الحضانة كالأصابع للخياطة " .

هذا تشبيه بعيد ، لأن الأصابع غير مستحقة بعقد الخياطة بخلاف اللبن فإنه مستحق بعقد الحضانة . والله أعلم .

مسألة

بيع الكلب باطل عندنا .[١]

وعندهم : يجوز بيع الكلب المتنفع به باصطياد أو حراسة زرع أو ماشية .[٢]

لنا :

حديث أبي[٣] مسعود الأنصاري ان النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن "[٤] فهذا خبر صحيح .

---

(١) النكت : ورقه ١٤٤/أ ، المهذب : ٣٤٧/١ ، الروضة : ٣٤٨/٣ ، الحاوي : ٣٧٥/٥.
وهو قول الحنابلة وقول الامام مالك في الموطأ ، المغني : ٣٥٢/٧ .
قال ابن قدامة في المغني : " وبه قال الحسن وربيعة وحماد والأوزاعي والشافعي وداود .... " اهـ ، الموطأ مع المنتقى : ٢٨/٥ .

(٢) الاسرار : ٩٠/٢/أ مراد ملا ، مختصر الطحاوي : ص ٨٤ ، شرح معاني الآثار ٥٧/٤ ، بدائع الصنائع : ٣٠٠٦/٦ ، ٣٠٧٣/٧ ، رؤوس المسائل : ص ٢٩١ .

(٣) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري .

(٤) رواه البخاري في صحيحه : ٤٢٦/٤ مع الفتح ، باب ثمن الكلب .
ومسلم في صحيحه : ٢٣١/١٠ ، مع النووي ، باب تحريم ثمن الكلب .
وأبو داود في سننه : ٧٥٣/٣ مع المعالم ، باب في اثمان الكلاب .
والترمذي في سننه : ٦٧/٥ ، ٢٧٦ ، مع العارضة ، باب ما جاء في ثمن الكلب .
والنسائي في سننه : ١٦٧/٧ ، باب النهي عن ثمن الكلب .
وابن ماجة في سننه : ٧٣٠/٢ ، باب النهي عن ثمن الكلب .
والدارمي : ٢٥٥/٢ ، باب في النهي عن ثمن الكلب .
ومالك في الموطأ : ٢٨/٥ مع المنتقى باب ما جاء في ثمن الكلب . ==

وروى قيس [١] بن حبتر [٢] الربعي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : (ثمن الخمر حرام ومهر البغي حرام وثمن الكلب حرام وان أتاك صاحب الكلب يطلب ثمنه فأملأ يديه تراباً) [٣] .

فإن قيل : قد روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن ثمن الكلب والهرة وقال : الا الكلب المعلم) رواه جابر . [٤]

وفي رواية ابي هريرة (ثلاث كلهن سحت كسب الحجام ومهو البغي وثمن الكلب إلا الكلب الضاري) [٥] [٦]

وفي رواية ثالثة بطريق جابر أيضاً نهى عن ثمن الكلب والسنور الإكلب صيد[٧]

(=) وأحمد في المسند : ١١٨/٤ ـ ١٢٠ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٥١/٤ .

(١) قيس بن حبتر الربعي التميمي الكوفي نزيل الجزيرة ، ثقة من الرابعة ، روى له أبوداود

تقريب التهذيب : ص ٢٨٣ ، تهذيب التهذيب : ٣٨٩/٨ .

(٢) في المخطوط (حنين) والتصويب من سنن البيهقي .

(٣) رواه البيهقي في سننه : ٦/٦ باب النهي عن ثمن الكلب .

وأحمد في المسند : ٢٨٩/١ ، ٣٥٠ .

(٤) رواه الدارقطني في سننه : ٧٣/٣ ، وقال فيه الحسن بن أبي جعفر ضعيف .

وأشار البيهقي في سننه الى هذا الطريق وقال : ليس بالقوي : ٧/٦ .

(٥) في المخطوط (الصيدي) والتصويب من سنن الدارقطني .

(٦) رواه الدارقطني في سننه : ٧٢/٣ .

(٧) رواه الدارقطني في سننه : ٣٣/٣ .

والطحاوي في شرح معاني الآثار : ٥٨/٤ .

والنسائي في سننه : ١٦٨/٧ ، باب الرخصة في ثمن كلب الصيد ثم قال : ==

قلنا : مدار هذا الإستثناء على الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح وهو ضعيف.[١]

وما رويناه من المطلق رواية صحيحة فلا يعترض عليها بالرواية الضعيفة ولأن الكلب نجس العين فلايجوز بيعه كالخنزير ، ودليل نجاسة عينه سؤره ، وهذا دليل معتمد ، فان لُعابه متولد من لحمه فلولا نجاسة لحمه لم ينجس سؤره .

وقد تأيد هذا بما روي عن النبي ﷺ انه توضأ بسؤر الهرة فقال : انها ليست بنجسة .... "[٢] فدل ان ما ينجس سؤره فلنجاسته في نفسه ، ألا ترى انه عليه السلام علّل لطهارة سؤره بطاهرته .

واذا ثبت انه نجس لم يجز بيعه ، لأن الإجتناب عنه واجب والبيع اقتراب شرعي فلا يجوز في النجس الذي يجب الإجتناب عنه .

أما حجتهم :

تعلقوا بجواز الانتفاع به من الإصطياد والحراسة .

وربما يقولون آلة الصيد كالفهد ، ولأنه لما جاز الإنتفاع به جاز التوصل الى الإنتفاع به ، والشراء توصل الى الإنتفاع .

قالوا : ولايجوز أن يقال جاز لضرورة ، لأن الضرورة لاتوجد بحال فانه

(=) وقال ابوعبد الرحمن ، وحديث حجاج عن حماد بن سلمة ليس هو بصحيح ...) اهـ .

(١) قاله الدارقطني في سننه : ٣/٧٢ .

الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح عن عمه عطاء بن أبي رباح ضعفه الدارقطني له عن عمه عن أبي هريرة في جواز ثمن كلب الصيد " اهـ ، لسان الميزان : ٦/٢٢٣ .

(٢) رواه الدارقطني في سننه ١/٧٠ ، باب سؤر الهرة .

ما من منفعة يشار اليها في الكلاب الا ويقوم غيرها مقامها .

وفي الجملة الاستغناء من الكلاب ممكن .

قالوا : وأما نجاسة العين ان سلمنا فالبيع يدور على حل الانتفاع بالشئ لا على الطهارة بدليل السرقين على أصلنا يجوز بيعه وان كان في عينه نجساً واستدلوا بالوصية والارث فانهما جائزان في الكلاب .

الجواب :

قلنا : الإنتفاع به رخصة ، والرخصة ورود اباحته مع بقاء الحاظر وقد ثبت ان النبي ﷺ نهى عن اقتناء الكلب الا كلب صيد أو ماشية .... "[١] ومعلوم انه عليه السلام انما نهى عن اقتناء الكلب لعين انه كلب ثم استثنى الإقتناء للصيد والماشية وأباح مع بقاء الحاظر وهو كون هذا الحيوان كلباً .

فثبت انه رخصة والرخص تتبع الحاجات والضرورات ولايقاس البيع عليه ، لأن المستثنى عن الأصل المحظور رخصة لايقاس عليه غيره فإن بقاء الحاظر يمنع استعمال القياس وهذا كالسلم لما كان رخصة / لعدم المعقود عليه لم ١١٠/أ يجز قياس غيره عليه ومنع بقاء المانع وهو عدم استعمال القياس فيه كذلك ههنا .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٦٠٨/٩ مع الفتح ، باب من اقتنى كلباً ليس بكلب صيد والا ماشية .

ومسلم في صحيحه : ٢٣٧/١٠ ـ ٢٤٠ مع النووي ، باب الأمر بقتل الكلاب .

والترمذي في سننه : ٢٨٤/٦ مع العارضة ، باب ما جاء من أمسك كلباً ما ينقص من أجره .

والنسائي في سننه : ١٦٥/٧ ، ١٦٦ ، باب الرخصة في امساك الكلب للماشية وللصيد .

فان قالوا : لأيّ حاجة ؟

قلنا : الكلب حيوان صبور على الشدة والتعب والسهر وتتبع الصيد مالايتتبعه غيره ، وهو أيضاً بغاية الوفاء لصاحبه خفيف المؤونة عليه يجتزئ بكسرة خبز وقطعة عظم ، وهذا لايوجد في حيوان ما يألف الانسان غيره فان كل حيوان يقوم مقامه في المنفعة المطلوبة منه بعظم مؤونته وثقل تحصيل المطلوب منه ولايفعل فعله في تحمل التعب والصبر على العمل وشدة الوفاء لصاحبه فبهذا الطريق عظمت الحاجة اليه فتعلق به رخصة شرعية في الانتفاع به فلم يصح قياس شئ آخر عليه .

وأما الإرث والوصية فهما جاريان عندنا في اليد لا في الملك ، والله أعلم.

(=) والدارمي في سننه : ٢/ ٩٠ ، باب في اقتناء كلب الصيد أو الماشية .
والامام مالك في الموطأ : ٧/ ٢٨٩ ، مع المنتقى ، باب ما جاء في أمر الكلاب .
والامام أحمد في المسند : ٢/ ٤ ، ٨ ، ٣٧ ، ٤٧ ، ٦٠ ، ١٠١ ، ١١٣ ، ١٥٦ .

«« مسألة »»

تصرفات الصبي عندنا باطلة وان اذن له الولي فيها .[1]

وعندهم : صحيحة .[2]

والمسألة دائرة على الأهلية فعندنا ليس بأهل التصرفات .[3]

وعندهم : أهل للتصرفات .

لنـا :

ان عقل الصبي ناقص فنقول تصرف كامل فلايستفاد إلاّ بعقل كامل قياساً لأصل التصرف على التصرفات النافذه المفيده لحكمها ، ولا اشكال في نقصان عقله ، ولهذا لايخاطب بالشرعيات ، ولايصح طلاقه ، ولايلزم تصرفه في ماله مع صدره من مالك في محل هو ملكه .

وأما قولنا : " ان التصرف كامل " فلأنه كامل في جنسه من المعاملات ، فإنه لاتصرف في المعاملات أكمل من المعاوضات .

ولهذا ثبت له وصف الكمال من اللزوم ولا تصرف فوق المعاوضات ولا وصف لها فوق اللزوم ، وانما قلنا انه لاتثبت له أهلية التصرف إلاّ بعقل كامل وذلك لأن

---

(١) المهذب : ٣٤٢/١ ، النكت ورقه ١٤٥/ب ، الروضة : ٣٤٢/٣ ، المجموع : ١٤٢/٩ ، ١٤٥ .

(٢) الاسرار : ١٥٧/٢/ب مراد ملا .

مختصر القدوري : ٤٧٦/١ ، المبسوط : ٢٠/٢٥ ، ٢١ ، الهداية مع فتح القدير : ٣١٠/٩ ، رؤوس المسائل ص ٢٩٣ .

(٣) قواطع الأدلة للمؤلف ورقه : ٣٠٢/أ .

الشرع ناظر والصبا[١] داع الى النظر ومن النظر للصبي ان يسلب أهلية هذه التصرفات عنه ، وانما قلنا ذلك لأن هذه تصرفات دائرة بين الضر والنفع والربح والخسران فلابد من عقل كامل ليهتدي به الى موضع النفع فيميزه من موضع الضر ويقصده بعقله وتمييزه ، فأما بعقله الناقص فلا يهتدي اليه بل يشتبه عليه النافع والضار والرابح والخاسر لاشتمال اسم البيع على الكل .

فكان من النظر له أن يسلب الأهلية في هذه التصرفات لدفع ضرر موهوم غالب حالة الوقوع فيه ، وكما ان في دفع الضرر المتحقق نظر فكذلك دفع الضرر الموهوم نظر ، وهذا كالشرعيات لما كانت دائرة بين النفع بالفعل والضر بالترك فان الشرع علق الثواب بفعلها والعقاب بتركها فلم يكن بد من عقل كامل ليعرف موضع الثواب من العقاب فيختار فعل ما يوجب الثواب على ترك ما يوجب العقاب فاذا كان ناقص العقل بالصبا كان النظر له في سلب الأهلية الخطاب فسُلب كذلك ههنا ، ومما يقرب الشبه بينهما ان الشرعيات الزامات ، وهذه التصرفات التزامات فاذا كان النظر في دفع الإلزامات عن الصبي كان النظر أيضاً في منع الإلتزامات منه .

وقد قال الأصحاب : ان ملكه اذا كان لايفيد له التصرف فبأذن الولي أولى ، لأن الإطلاق بسبب الملك فوق الإطلاق بسبب الأذن .

وتعلقوا بالطلاق واعتمدوا الفقه على هذه الطريقة : ان الحاجر قائم وهو الصغر، لأن الملك اذا كان لايطلق التصرف مع الأهلية على اصلكم عرفنا قطعاً ان الحاجر هو الصغر وهو باقٍ بعد الاذن فبقى الحجر عليه .

---

(١) في المخطوط كذا (الصبي) ، والتصويب من المحقق .

والمعتمد ما سبق ، ولايلزم على ما قلنا العبد حيث يصح اذنه في التجارة لأنه متصرف للسيد عندنا على ما سنبين من بعد فهو كالوكيل مع الموكل يصح اذنه له كما يصح توكيل الحر وهو في نفسه نوع استكساب واستغلال وانتفاع ، وعلى ان الحجر ليس هو بسبب الرق في العبد انما الحجر حق المولى فاذا اسقط سقط نظير مسألتنا الحجر عن ملكه في نفسه لما كان بسبب نفس الرق لم يرتفع بحال .

وأما حجتهم :

استدلوا في اثبات اهلية التصرف بالعقل والتمييز ، وقالوا : عاقل فكان أهلاً للتصرف ، دليله : البالغ ، وبدليل انه عاقل ان الكلام في صبي عاقل يعقل التصرفات ، فأما في مَنْ لايعقل من الصبيان فليس من أهل التصرفات ، والدليل على ان العقل يسبب الأهلية ان الآدمي امتاز من بين الحيوانات بعقله وتمييزه . / ١١٠/ب

ويقال المرء بأصغريه أيّ بقلبه ولسانه فكان أهل التصرفات بعقله وهذا لأن أهل الشئ مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشئ كأهل القتل مَنْ يقدر على تحصيل القتل، وكذلك المشي وسائر الأفعال .

وهذا الصبي قد عقل البيع وميّزه عن غيره وعرف حكمه المطلوب منه وَقَصَدَه وَفَعَلَه عن بصيرة وتمييز صحيح وهو صحيح يصح منه كما يصح سائر الأفعال .

يبينه : ان الشئ بصورته ومعناه ، وقد تحقق من الصبي صورة البيع بلسانه وقصد معناه بعقله وتمييزه فوجب أن نحكم بصحته .

ثم الدليل على اعتبار عقله صحة النوافل في الصلاة والصيام والإحرام ، وكذلك يصح منه اختيار أحد الأبوين اذا خيّر ويصح منه وصيته وقبوله الهبة وانما

صحت هذه الأشياء باعتبار عقله ولولا ذلك لم تصح فثبت انه أهل التصرف إلاّ انه احتاج الى اذن الولي نظراً للصبي ، لأنه ناقص العقل فلابد من اتصال رأي الولي بتصرفاته حتى ينجبر ذلك النقص ، وذلك بالاذن ، واتصاله بكل تصرف فيه حرج ومشقة فاعتبر اتصاله بأصل التصرفات وهو أن يأذن الولي فيها ثم اذا اتصل رائه بتصرفاته يأذن له فيها صار الأذن بمنزلة مالك متصرف في ملكه بولايته ومالكيته ولانقول انه نائب عنه ، ولهذا يجوز له أن يتصرف بالغبن بخلاف الأب والقيم ، وكذلك يصح اقراره بالمال وان لم يصح اقرار الأب عليه ، وأيضاً فان اقرار الأب عليه شهادة وشهادة الوالد لاتقبل .

قالوا : وليس فيما انه لايتصرف بمالكيته ما يدل على انه لايتصرف باذن الغير كالعبد في النكاح والمحجور عليه بالسفه لايتصرف بمالكيته واذا أذن له الولي جاز .

وان منعتم في البيع تصوّر في النكاح اذا سمى له القاضي امرأة وعيّن له مهرها فانه يجوز نكاحه بالإجماع له ، وكذا المرأة لاتملك الطلاق بمالكية النكاح واذا قال لها الزوج : طلقي نفسك فانه يجوز .

قالوا : وأما تعلقكم بفصل النظر " .

فهو دليل عليكم ، لأن اثبات الأهلية له نظر وفيه اعتبار أصل عقله وفي سلب[1] الأهلية عنه الغاء أصل عقله والحاقه بمن لاعقل له ولهذا أبقينا عليه ولاية الولي نظراً له حتى انه ان اضر بنفسه في تصرفه حُجِرَ عليه ، وأيضاً فانه يتصرف بنفسه ويُتَصَرف له أيضاً حتى يصل إليه النفع من الجهتين .

يبينه : ان في جواز تصرفه تقع الهداية فانه اذا تصرف في صغره يبلغ مهتدياً الى

---

(١) في المخطوط (سب) والتصويب من المحقق .

التصرفات واذا لم يأذن يبلغ غبياً غير مهتدي الى شئ فلا يحصل له نفع الهداية وهو كالنوافل من العبادات صحت منه ليحصل له بها نفع الامتران والإعتياد .

قالوا : وأما فصل الطلاق فعندنا عبارته صحيحة في الطلاق كما في البيع بدليل انه لو طلق امرأة الغير يصح ويقف عليه ويصلح وكيلاً ، وأما طلاق امرأة نفسه فليس نظير مسألتنا ، لأنه لاطلاق له مشروع وله بيع مشروع وهو من أهله كما بينا فيصح باذن الولي وعلى ان الشرع لم يشرع له الطلاق نظراً له ودفعاً للضرر عنه وكذا الخطاب بالشرعيات انما يتوجه عليه نظراً له ، وأما ثبوت الأهلية نظر له كما سبق فثبت .

وربما قالوا : ان رشد الصغير بمنزلة سفه البالغ ثم سفه البالغ كان معتبراً في الحجر عندكم وفي منع المال عندنا ، فكذلك رشد الصغير وجب أن يكون معتبراً.

الجواب :

اما قولهم : " انه عاقل " .

قلنا : أهلية التصرف غير مبنية على العقل ، بل هي مبنية على الشرع ، وهذا لأن العقد شرعي فانما يصير الانسان أهلاً له بالشرع والشرع لم يره أهلاً للتصرف ولم يستصلحه لذلك نظراً له كما بينا .

والدليل على ان الشرع لم يره أهلاً لذلك انه لاينفذ تصرفه مع مالكيته وصدره من أهله في محله ، ثم نقول عقله غير معتبر بدليل ان الخطاب لايتوجه اليه، ولأن عقله لو كان معتبراً لخلّى وعقله كالبالغ .

يبينه : انكم تقولون يُخلّى وعقله في الإسلام الذي هو أعلى الأشياء ولايُخلّى

وعقله في دستجة [١] بقلة يشتريها بحبتين .

وأما قوله : " ان أهل الشئ مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشئ " .

قلنا : ومَنْ يسلّم لكم انه يقدر على تحصيل البيع ، وأما المحسوس الذي قلتم غير معتبر ، فانه كما يوجد منه محسوس عقد عن عقل وتمييز فيوجد / منه محسوس قصد عن عقل وتمييز أيضاً ، ثم اذا لم يعتبر ١١١/أ محسوس قصده حتى يكون عمده خطأ ، فكذلك ههنا لايعتبر محسوس عقده حتى يكون لغواً .

وأما النوافل وغيرها في المسائل نقول : نظير المعاوضات من العبادات الفرائض ، لأن فرائض العبادات في أكمل الدرجات بثبوته من وصف الإلزام لها كما ان المعاوضات في أكمل الدرجات بثبوت وصف اللزوم لها فيعتبر ما اختلفنا فيه بالفرائض وليس بأهل الفرائض من العبادات فلا يكون أهلاً لهذه المعاملات أيضاً .

ثم نقول النوافل وما ذكروا ليس نظير مسألتنا ، لأن الكلام في تصرفات على الصبي فيها ، ولأنه للغير ومثل هذا لايوجد فيما ذكر من الأمثلة ، والحرف : ان في تلك المسائل لما اعتبر عقله خُلّي وعقله فيها ولو اعتبر في مسألتنا خلّي وعقله أيضاً ، ويخرج على فصل النظر الذي اعتمدناه وذلك لأن هذه التصرفات محض نفع وهي غير دائرة بين الضر والنفع فصار النفع فيها لمباشرتها فاكتفى فيها بوجود أصل العقل ، لأن مباشرتها من العاقل صحيحة وان كان ناقص العقل .

وأما ههنا هذه تصرفات دائرة بين الضرر والنفع فلابد من مقدمة عقل كامل ليميز النافع من الضار على ما سبق . وبهذا المعنى تثبت الولاية على الصبي

---

(١) الدّستجةُ : الحزمة ، معرب ، جمعه الدّسائج ، القاموس (دستجةُ) .

في هذه التصرفات ولم تثبت في تلك التصرفات والإحرام بمنزلة سائر النوافل واذا جوّزنا منه الإحرام لم نجوّز إحرام الولي عنه .

وأما الكفارات فبانشاء سبب جديد كمالٍ يستهلكه على انسان وأما نفس الإحرام فنفع محض .

وأما قولهم " ان الأهلية تثبت نظراً " .

قلنا : وَلِمَ ، قلتم فيها نظر ؟

قالوا : كرامة .

قلنا : فاثبتوا الخطاب كرامة واجعلوه نظراً ، وعلى ان كمال النظر في سلب الأهلية ، لأنا اذا جعلناه أهلاً فينبغي أحد شيئين : اما أن يجوز تصرفه وينفد لصدره من أهله في محله ، أو يجوز باذن الولي فيؤدي الى اعتبار عقل ناقص في تصرف كامل وربما يؤدي الى ضرر يلحقه فلايجوز .

وأما قولهم : اتصل به رأي الولي " .

قلنا : لايتصور ، لأنه اذا أذن له وخلاه وعقله فأين الاتصال ؟ فهذا هذيان.

وأما عذرهم عن الطلاق باعتبار الضرر ، فباطل بالبيع بالغبن والردة على أصلهم .

وأما المحجور عليه بالسنه ، لانُسلّم صحة تصرفه باذن القاضي في البيع .

وأما في النكاح فلا يشبه مسألتنا ، لأنه لاحجر عليه حقيقة فيه ولهذا لايستبد به الولي ، وفي مسألتنا حجر عليه حقيقة بدليل انه يستبد به الولي ، وأما اذا كان عليه حجر حقيقة نظراً فلا ينطلق عنه الحجر الا بالبلوغ كمنع الخطاب لما ثبت نظراً لم يخاطب الا بعد البلوغ .

وأما فصل إذن المرأة في طلاق نفسها .

فليس نظير مسألتنا ، لأنها تطلق عنه ، وفي مسألتنا عندكم بتصرف الصبي عن نفسه ، وعلى أن عندكم المالكية في واحد من الجانبين في النكاح لايفيد ملك الطلاق ، وانما المفيد للطلاق ولاية القوامية والزوج هو المنفرد بها وقد ذكرنا هذا في ربع النكاح .

وأما فصل اعتبار السفه في البائع ، فلأن بنا حاجة الى اعتباره ولا حاجة الى اعتبار رشد الصبي لأن عليه ولاية .

وقولهم : " فيه تقع الهداية " .

قلنا : الصبي يبلغ مهتدياً الى التصرفات بعقله ويميل الطبع اليها بخلاف النوافل ، فإنه لايميل الطبع اليها فلابد من الأمر بها قبل البلوغ ليمترن عليها ويعتادها ، والله تعالى أعلم بالصواب .

مسألة

اذن السيد لعبده في نوع خاص من التجارة لم يصر مأذوناً في غيره من الأنواع عندنا .[1]

وعندهم : يصير مأذوناً .[2]

لنـــا :

انه متصرف لسيده فيختص تصرفه بما اذن له فيه سيده .

دليله : اذا أمره بشراء طعام أو ثوب من السوق ، وكما لو عيّن له شيئاً ليشتريه أي شئ كان وسمى ثمنه لم يكن له أن يشتري غيره إجماعاً ، وهذا لأنه اذا تصرف باذن السيد فالسيد أمره بنوع فلا يصير غيره مأموراً كما اذا فعل بنفسه العقد في نوع لايصير غيره مفعولاً .

ويمكن أن يقال تصرف بغير امره فلا يجوز كما لو لم يأذن له في شئ والتعليل لما لم يأذن له فيه من النوع ثم الدليل على انه يتصرف لسيده ان التصرف اما أن يكون بيعاً أو شراء فان كان بيعاً فقد باع مال سيده والبيع تمليك فيكون تمليكا من المالك وان كان شراء فالشراء تملك والتملك تصرف للمتملك ، والمتملك هو السيد فيكون الشراء له ، ولأنه لابد / لصحة تصرفه من ١١١/ب

---

(١) المهذب : ٥١١/١ ، النكت : ورقه ١٦٢/أ ، المنهاج مع المغني : ٩٩/٢ ، الروضة : ٥٦٧/٣ .

(٢) الاسرار : ١٥٤/٢/أ (مراد ملا) بدائع الصنائع : ٤٥٢/١٠ ، مختصر القدوري : ٤٧١/١ ، المبسوط : ٢٥/٥ ، الهداية مع فتح القدير : ٢٨٥/٩ ، رؤوس المسائل ص ٢٩٤ .

اذن السيد ولو كان متصرفاً لنفسه وهو من أهل التصرف بالإتفاق وجب أن يصح تصرفه بغير اذن السيد فثبت حقيقة وحكماً انه متصرف للسيد واذا كان متصرفاً للسيد يثبت ما قلنا .

يبينه : ان هذا تخصيص نافع للسيد ، لأنه ربما يعرف هدايته في نوع دون نوع فيأذن له فيما يعرف هدايته فيه ولا يأذن فيما لاهداية له فيه ، واذا كان التخصيص نافعاً للسيد دون مالايعرفه صح التخصيص كالإمتناع أصلاً والاطلاق جملة لما كان نافعاً للسيد أما الإمتناع بان لايعرف هدايته في الكل ، والاطلاق جملة بأن يعرف هدايته في الكل صح كلاهما ، كذلك التخصيص وجب أن يكون مثلهما سواء بان لايعرف هدايته في الكل لو عرف في الكل صح كذا ههنا.

وأما حجتهم :

قالوا : متصرف يفك الحجر فلايختص تصرفه بنوع دون نوع .

دليله : المكاتب .

يبينه : ان فك الحجر اسقاط ، والإسقاط لايختص بشئ دون شئ .

وبيان صحة التعلق بالمكاتب : ان المكاتب عبد ، لأن النبي عليه السلام قال : " المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .... " [1]

---

(١) رواه أبو داود في سننه : ٢٤٢/٤ ، معالمعالم ، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته والترمذي في سننه : ٢٦٥/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في المكاتب اذا كان عنده ما يؤديه .

وابن ماجه في سننه : ٨٤٢/٢ ، باب المكاتب .

والامام أحمد في مسنده : ١٧٨/٢ ، ١٨٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٩ .

ولأن عتقه معلق بالأداء فيكون رقيقاً قبل الأداء ، لأن المعلق بالشرط لاينزل منه شئ قبل الشرط .

{ واذا ثبت انه عبد فلايكون له ملك مثل العبد المأذون سواء فيكون الملك في الحقيقة للسيد ، وللمكاتب حق التصرف واليد باثبات السيد له ذلك ، كذلك للمأذون له اليد والتصرفات الاّ ان الكتابة عقد لازم ، والإذن في التجارة ليس بلازم فلأجل لزوم الكتابة في جانب السيد لم يكن له انتزاع الكسب من يد المكاتب والحجر عليه بخلاف المأذون } [١] وأيضاً فإن المكاتب عليه دين يؤمر بأدائه من كسبه فلأجل ذلك الدين منع السيد من التصرف فيه وانتزاعه من يده حتى لولحق العبد المأذون دين نقول ان حكمه في ذلك حكم المكاتب .

وحرفهم المتعلق به في المكاتب ان المكاتب عبد بلاملك له ومع ذلك كان متصرفاً لنفسه كذا العبد المأذون .

وأما فقههم :

قالوا : العبد متصرف لنفسه ، لأنه من أهل التصرف بالإجماع فيكون تصرفه له اللهم الاّ أن يجعله لغيره بالتزام شرعي بمنزلة الوكيل والاّ فالأصل ان مَنْ كان من أهل التصرف يكون تصرفه له ، ولأن العهدة عليه حتى لو هلك الكسب في يده وعليه دين من معاملاته لايتوجه على سيده شئ من العهدة ويطالب أيضاً بعد العتق ، ويستحيل ان يكون العقد لشخص وتبعة العقد وعهدته على شخص آخر واذا كان الشراء تملكا من السيد كيف يطالب العبد بالثمن ؟

قالوا : وبهذا فارق الوكيل ، لأنه لما كان متصرفاً للموكل كانت العهدة على الموكل حتى لو لم يكن الموكل أعطى الوكيل شيئاً وأمره بالشراء فالثمن

---

(١) الاسرار : ٢/١٥٥/أ (مراد ملا) .

يطالب به من الموكل ، وأن طُولبَ الوكيل فالوكيل يطالب الموكّل ، ويجوز للبائع أن يطالب الموكل ابتداءً ليعطي ثمنه ، وكذلك إذا أعطاه شيئاً ليشتري به وتلف في يده يطالب الموكل أيضاً ليعطي بدله بخلاف مسألتنا ، فإن الولي لو آذن للعبد في التجارة فاشترى شيئاً بثمن وأعلمه لم يكن للبائع أن يطالب السيد ولو كان في يد العبد كسب فهلك لم يطالب السيد أيضاً .

وتحقيقهم في المسألة :

ان الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمة العبد وذمة العبد مملوكة له {بدليل انه يقرّ بالمال فيصح ويؤاخذ به بعد العتاق ، وكذلك يقر بالقصاص على نفسه فيصح ، ولو كفل يصح أيضاً }[1] ، ولأن الذمة عبارة عن محل الإلزام وهو في هذا كالحرّ بدليل صحة التزامه وصحة خطاب الشرع اياه بالإلزام .

ويدل عليه : ان المولى لو اشترى له شيئاً ليكون الثمن في ذمته لايصح ولو كان ذمته مملوكة له لصح ، كما يصح في ذمة نفسه .

وأما اقرار المولى عليه : فانما يصح لا لأن ذمته مملوكة له لكن لأن الدين الذي على العبد يتعلق برقبته استيفاء عندنا فيملكه رقبة العبد يصح اقراره بقدر ماليته كالوارث يقر على مورثه بالدين فانه يصح لا أن ذمة المورث مملوكة له لكن لأن الدين الذي في ذمته يتعلق بالتركة ، والتركة ملك الوارث فبملكه التركة يصح اقراره حتى ان هناك يصح بقدر التركة وهاهنا / بقدر ١١١/أ المالية في الرقبة وبما زاد لايجوز في الموضعين .

قالوا : فإن قلتم ان السيد لو اعتقه يطالب العبد بعد العتق .

قلنا : نعم ، ولكن انما كان كذلك لا بملك الذمة بل لأن الدين لما تعلـــــق

---

(١) انظر : الاسرار : ٢/١٥٥/ب .

بالرقبة وبالعتق سلمت الرقبة للعبد فيطالب بقدر قيمة الرقبة لسلامتها له وقد كان الدين متعلقاً بها ، وهذا كالوارث اذا استخلص التركة لنفسه يطالب بالدين بقدر التركة كذا ههنا .

قالوا : وأما ملك المشتري فقد دللنا ان العبد متصرف لنفسه وقضية تصرفه ان يكون حكم العقد من الملك له الإ ان الرق الذي فيه يمنع اثبات الملك له فأثبتنا للسيد واقمناه مقامه في حكم العقد كالمشتري بشرط الخيار للبائع اذا هلك ثبت الملك لوارثه ابتداءً وان كان العقد صدر من الميت لنفسه وقضيته أن يكون الحكم له لكن الموت منع اثبات الحكم له فأثبت للوارث واقيم مقامه كذلك ههنا .

وحرفهم في هذا : ان المولى يملك لا لأنه حكم العقد لكن لملكه رقبة العبد فكان أحق الناس بموجب عقد صدر من العبد وتعذر اثباته له ، وهو أيضاً بمنزلة المكاتب فان حق السيد ثابت فيما اشتراه العبد المكاتب وكان ثبوته له بهذا الطريق كذا الملك في مسألتنا .

وقال بعضهم :

موجب شراء العبد المأذون ثبوت اليد له والملك للسيد بمالكية رقبة العبد ويجوز أن يحقق عقد الانسان لنفسه بموجب اثبات اليد له كالمولى يبيع من عبده المأذون شيئاً يجوز ليثبت اليد للعبد ، وكذلك رب المال يبيع من المضارب شيئاً.

قالوا : وأما تعلقكم بشرط الشرع اذن السيد في تصرف العبد ، فليس كذلك ، لأن العقد له بدليل ان الاذن من المولى شرط في نكاح العبد وان كان النكاح للعبد ، ولكن لأن من قضية الدّين الواجب على العبد مطلقاً ان يتعلق برقبته ورقبته ملك للسيد فاعتبر اذنه ليوجد رضاه بتعلق الدين برقبة العبد .

قال : وليس بشرط الإذن لأن التصرف له ، لأن حجتكم في ان التصرف

للسيد هو ان الملك له ، ولايشترط اذن السيد في ثبوت الملك له بسبب يوجد من العبد ، ألا ترى انه لو احتطب أو احتش يكون ملكاً للسيد وان لم يأذن له في ذلك ، وكذلك يصح قبوله الهبة وان لم يأذن له السيد فيه فدل ان اذنه انما اعتبر لما بينا .

وأما فصل التهدي الى نوع دون نوع فهو غير معتبر بدليل المكاتب ، ولأنه لو كان مهتدياً الى التجارة في جميع الأنواع فان عندكم لايصح أيضاً الاّ في النوع الذي خصه به فسقط هذا الكلام .

الجواب :

قولكم : " متصرف بفكّ الحجر " .

قلنا : لا ، بل بالاذن ، وان عنيتم بفك الحجر الذي نريده فهو مسلم وان عنيتم شيئاً آخر فلا نسلم .

يبينه : ان الاذن يقبل المنع من بعد ولو كان فك الحجر كان اسقاطاً والإسقاط لايقبل الإسقاط ، ولأنه يعتبر علم العبد بالاذن ليصح تصرفه ، والإسقاط لايعتبر فيه علم احد لصحته كالطلاق والعتاق ، ولأنه لو صرح باسقاط الحجر لايصح ما لم يقل اذنتُ ، وربما يمنعون هذا .

وأما المكاتب فقد ادعى بعض اصحابنا ان للمكاتب نوع ملك يليق بحاله فلهذا جعلناه متصرفاً لنفسه ، وليس هذا بشئ ، ولايمكن تحقيقه مع قيام الرق فيه .

والمعتمد ان موجب العقد هناك للمكاتب وهو حق ملك ينقلب حقيقة في ثاني الحال ، والرق الذي فيه لاينافي ثبوت حق الملك له ، وهذا لأنه لما ثبت له في الحال حق عتق ينقلب حقيقة عتق ، ثبت أيضاً بوقفه حق ملك ينقلب حقيقة وبيان ثبوت حق الملك له ثبوت اليد والتصرف ، وكونه أحق به من السيد حتى

ليس للسيد ان ينتزع من يده بل اذا اتلفه يغرم له ، ولايجوز أن يُحال بهذا على الدين ، لأن الدين لو كان ألفاً وعنده من الكسب مايساوي الألوف ليس للسيد أن يأخذ من يده شيئاً ولا درهماً ، دل ان للمكاتب حق ملك ولاحق للسيد أصلاً ولا ملك ، أما الملك فلا اشكال فيه ، وهم لايدّعون ذلك ، فأما الحق فلأنه يعرف بالآثار والأحكام والسيد قد أُنزل في كسب المكاتب منزلة الأجنبي حتى لو اعتق أو استولد لم يصح ، بلى اذا عجز المكاتب فرد الى الرق الآن يملك ، ثبت ان الموجب كله للمكاتب فكان / العقد له بخلاف مسألتنا على مابينا. ١١١/ب

فان قالوا : فلمن الملك في كسب المكاتب ؟ .

قلنا : لاملك لأحد ، والعبرة بالدليل لا بالاستعجاب المجرد وقد دللنا على ما قلنا وهو صحيح على المذهبين ، ثم نقول لو كان كسبه حقاً وملكاً له في الحال لم تصح الكتابة ، لأن الشرع انما جعل كسب المكاتب حقه ليؤدي به بدل الكتابة الذي هو عوض رقبته فيعتق وتسلم له رقبته بازاء ما بذله من العوض، فاذا قلنا هو ملك السيد أو حقه لم يصح به الأداء ولا الكتابة ، لأنه يكون السيد حينئذ معاوضاً ملكه بملكه وحقه بحقه وذلك باطل .

فهذا حقيقة الجواب عن الكتابة وسرها وحكمها في الشرع ولا يعرف ذلك الا الغوّاصون في بحار المعاني .

وأما قولهم : " انه متصرف لنفسه " .

اعلم ان بعض أصحابنا سلّم لهم ذلك ، وقال : هو وان كان متصرفاً لنفسه لكن لما كان بالاذن يتقدر بقدر الاذن ، وليس هذا بشئ ، لأنه اذا كان متصرفاً لنفسه فيكون تصرفه له وملكه فتخصيص السيد يصادف ملك الغير ولا يصح.

والمعتمد ما قلنا انه متصرف للسيد بدليل ما ذكرنا .

وأما قوله : " انه من أهل التصرف " .

قلنا : بلى ، ولكن للسيد لا لنفسه .

فإن قالوا : اذا لم يتصرف لنفسه كيف يتصرف لغيره ؟

قلنا : يجوز كالمرأة تطلق نفسها من قبل زوجها وليس من أهل الطلاق بنفسها بحال ، لأنه من أهل التصرف فتجويز الشرع منه ذلك وتصرفه لسيده ، لأن موجبه لسيده فيكون تصرفه لسيده ، وهذا كما ان الأجنبي من أهل التصرف في ملك الغير عند امره اياه بذلك ثم تصرفه لموكله ، لأن موجبه لموكله ، كذلك ههنا .

وأما فصل العهدة :

فمن أصحابنا مَنْ منع ، وقال : يطالب السيد بثمن ما ملكه .

وعندي : ان هذا المنع خلاف المذهب .[1]

يبينه : ان عندنا اذا كان دين العبد لايتعلق برقبة العبد ، لأنه مال السيد وليس بكسب العبد فكيف يطالب السيد ليقضيه من سائر أمواله والمذهب ان الكسب متعيّن لدين العبد ؟ .

ووجه الجواب : ان العهدة على السيد على معنى ان الكسب متعين لدين العبد وكسب العبد له فصارت حقيقة العهدة متوجهة عليه ، وانما لم يطالب السيد ، لأن الكسب قد تعين للرجوع فيه ، وانما تعين بتعين السيد له اياه لقضاء هذا الدين .

فإن قالوا : لم صح هذا التعيين ؟

قلنا : لدفع الضرر عن المولى ، وذلك لأن الشارع انما شرع الاذن للعبد في التجارة لنفع الموالي وجعل لهم تعين كسبهم لقضاء الديون الواجبة بمعاملاتهم تحقيقاً لنفع الموالي فان العبيد اذا علموا أن ما اشتروه يكون اثمانها على الموالي وانهم لايطالبون بذلك لم يبالوا بالشراء كيف ما كان ، وربما يتلفون

---

(١) أي المؤلف (السمعاني) .

مـا يقع في أيديهم بالإنفـاق وغيـره ثقـة منهم واعـتـمـاداً على مطالبـة الموالي بالديون فـانه لاشئ عليـهم ، والموالي اذا علموا بذلك لم يرغبـوا في مـعـامـلاتهم بالاذن لهم في التـجارة وانسـد هذا الطريق أصـلاً ورأسـاً فـلأجل الذي قلناه جـعل للسـادة تعيين اكسـاب العـبـيـد للرجـوع بالعـهـدة ، واكـتـفى منهم في التـعـيين بالدليل دون التصريح ، والدليل معهود أحوال السادة في المقصود بالأذن .

فإن قالوا فـيـمـا قلتم نظراً للموالي ولكنه اضرار للعبيد ، وأيضـاً فـان العـبد اذا أعـتق طولب بـالديون فـاذا كـان على السـيـد وانما تعين الكسب بتـعـيـينه كـيـف يطالب العبد بعد العتق ؟ .

والجواب :

أما ضرر العبد لانبالي به ، لأن الاذن في التجارة جُوِّز لنفع السيـد لا لنفع العبد ولهذا يجبره عليه .

أما قولهم : " يطالب العبد بعد العتق " .

قلنا : لما ثبت تعيين كسب العبد لهذه العهدة فاذا اعتق جعل الكسب بعد حريته بقدر الدين بمنزلة كسب الرق ، وهذا كالعبد يؤاجره سيده سنة ثم يعتق في خـلال السنة يؤمـر بالخـدمـة الى باقي السنة وتجـعـل منافع الحـرية كـمنافع الرق ، كذلك ههنا .

والعـبرة بما يقوم عليـه الدليـل ، فكيف مـا قـام الدليـل على الحكم اتبـعناه وبهـذا الطريق نقول : اذا اشترى السيد لعبده شيئاً ليكون ثمناً في ذمته لايجوز ، لأن الأصل ان الثمن يكون على مَنْ تملّك المبيع الاّ ان في مسألة العبد المأذون أوجبنا الثمن في كسب العبـد بتـعـيين السـيـد وذلـك من حيث الدلالة ، وصح التـعـيين منه للوجه الذي بينا ، ولئلا ينسد باب ما شرعه الله تعالى من الاذن للعبـــيد

والتجارات ونفع الموالي من هذا الوجه / فأما في هذه المسألة فأيّ ١١٢/أ
حاجة للسيد الى مثل هذا التصرف ؟ فرجعنا الى الأصل من ايجاب ثمن المبيع
على متملكه ولم يصح شرطه وجوب الثمن في ذمة العبد وفعله التصرف وعلى
ان في المسألة الزام على مَنْ يقول ان الذمة مملوكة للسيد ولانريد أن ندعي ذلك.
وقولهم بعد هذا : " ان الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمته " . فهذا
محال ، وذلك لأن الله تعالى ما شرع الشراء للعباد لاستيجاب الأموال في
ذمتهم ولا هم يقصدون ذلك انما شرع لهم ليتملكوا بشرائهم الأموال الاّ انهم
لايصلون الى ذلك إلا ببذل الأعواض .

وحرفنا : ان البيع تمليك والشراء تملك فيكون البيع لمن حصل منه التمليك
والشراء لمن حصل له التملك .

فإن قالوا : فالشراء اذاً تصرف في ملك الغير وانما يصح تصرفه في محل يملكه
وليس ذلك الاّ الذمة باستيجاب الثمن فيه .

قلنا : الشراء تصرف بالتملك ، والتملك انما يتصور من ملك الغير ،
وعلى ان امره يتناول تحصيل الكسب،والكسب له فقد صادف الأمر محل ملكه.

وأما الذي قالوا : ان موجب العقد للعقد .

قلنا : موجب الشراء الملك فَمَنْ لم يكن من أهل الملك كيف يكون موجب
الشراء له ؟.

وقولهم : " ان السيد يقوم مقامه " .

قلنا : لا ، بل يثبت ابتداءً للسيد ، وقد انعقد العقد ليكون الملك للسيد
اذ لايتصور سوى هذا ، وفي مسألة الخيار انعقد العقد ليكون الملك للمشتري
ثم تعذر بموته فجاز أن يقوم الورثة مقامه ، وعلى ان ذلك مذهبهم ، وعندنا

الملك لايتراخى عن العقد ويكون الملك للمشتري سواء كان فيه خيار أم لا ، ثم الدليل من مذهبهم على أن العبد متصرف ليكون الملك للسيد ابتداءً لابطريق الإقامة بسبب ملك الرقبة للعبد على ما قالوا : ان عندهم لو اشترى العبد شيئاً بغير اذن سيده ثم اعتقه سيده لاينفذ شراؤه لنفسه ولو كان قضية العقد أن يكون الملك له واستحقه السيد بملكه الرقبة لكان اذا اسقط السيد حقه يقضي بالملك له ، وقد قالوا لو تزوج العبد بغير اذن سيده ثم اعتقه السيد ينفذ نكاحه والذي قلناه الزام عظيم عليهم ، وليس لهم عذر عنه يبالي به .

وأما الذي قالوا : ان صحة الشراء منه لأن موجبه له يداً .

قلنا : موجب الشراء الملك لا اليد ، وانما اليد ثمرة الملك وعلى ان يده يد السيد ، والمسألتان اللتان ذكروهما على أصولهم ولانسلمهما ، وان تعلقوا بالإحتطاب والإحتشاش فعندنا اذا وجد ذلك من العبد يكون متصرفاً للسيد لا لنفسه مثل الشراء سواء ، الاّ ان الاذن سقط اعتباره على الأصلين ، وهذا لأن الإحتطاب والإحتشاش فعل حسيّ لايمكن ردهما ورد موجبهما اذا وجد ، والبيع عقد شرعي يمكن ردّه شرعاً ، فاذا لم يأذن فيه للسيد رد شرعاً وصار كالعدم .
والله تعالى أعلم .

﴿ مسألة ﴾

اذا رأى غلامه يبيع ويشتري فسكت لايصير مأذوناً له في التجارة .[١]

وعندهم : يصير مأذوناً استحباباً .[٢]

لنا :

انه لم يوجد الاذن في التجارة فلا يصير مأذوناً له في التجارة كما اذا نهاه، وانما قلنا لم يوجد الاذن في التجارة ، لأن المسألة فيما اذا رآه يبيع ويشتري فسكت ، والسكوت كفّ عن الأذى ، والكفّ عن الأذى لايكون اذناً كالكفّ عن الحجر لايكون حجراً كما في الكفّ عن جميع الأشياء ، فإن الكافّ عن الشئ لايكون فاعلاً له .

يبينه : انه لو صار مأذوناً له في التجارة لم يكن بد من صريح اذن أو دلالة على اذن ولم يوجد صريح ولا دلالة ، وانتفاء صريح الاذن مقطوع به ، وأما الدليل فلأن السكوت محتمل الرضا والسخط ويحتمل التروي والإستهانة والمحتمل للاشياء لايكون دليلاً على واحد منهما ، لأنه ليس بان يكون دليلاً على البعض أولى من أن يكون دليلاً على البعض فسقط الكل ولأنهم قالوا : لو رأى عبده يبيع متاعه وسكت لايصح البيع الذي باشره ويصير مأذوناً له في التجارة ولئن كان السكوت دليلاً على شئ فأولى شئ يكون دليلاً عليه هو

---

(١) المهذب : ٥١١/١ ، النكت : ورقه ١٦١/ب ، الروضة : ٥٦٨/٣ .

(٢) الاسرار : ١٥٦/٢ / أ (مراد ملا) ، المبسوط : ١١/٢٥ ، البدائع : ٤٥٢١/١٠ ، الهداية مع شرحها العناية : ٢٨٤/٩ ، مع تكملة فتح القدير ، رؤوس المسائل ص ٢٩٤ .

البيع الذي باشره وشاهده المولى وسكت عنه فاذا لم يدل عليه فكيف يكون دليلاً على ما سواه ؟ .

وأما حجتهم :

قالوا : دفع الضرر واحد لقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام...)[١] واذا لم يجعل سكوته اذناً أدى الى ضرر عظيم يتصل بالناس ، وانما قلنا ذلك ، لأن من تعامل مع العبد من التجار / يكثر كما يكثر من ١١٢/ب يعامل مع التجار من الأحرار فلايمكنهم ان يراجعوا الى الموالي في معاملاتهم ليتعرفوا من قبلهم انهم اذنوا أم لا ، ولو اعتبرنا ذلك أدى الى حرج عظيم .

وانما يعتمدون في معاملاتهم على رؤية السادة عبيدهم يعاملون وسكوتهم ، فاذا قلنا لايصير مأذوناً له في التجارة أدى الى الضرر العظيم بالمعاملين ، لأن أموالهم تقع في أيدي العبيد ، وربما اتلفوها وانفقوها ، ولايمكن استردادها وتبقى حقوقهم في ذممهم ولاشئ في ايديهم فيقضوها ، وربما لم يعتقوا ليطالبوا بعد العتق فتتّوى[٢] حقوقهم بالكلية ، فيثبت ما ادعيناه من اتصال الضرر العظيم بالناس فوجب اثبات الإذن دفعاً لهذا الضرر ، وهذا كالحجر الخاص لايرد

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه : ٢/٧٨٤ ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره .
والامام مالك مرسلاً في الموطأ : ٦/ ٤٠ مع المنتقى ، باب القضاء في المرافق .
والامام أحمد في المسند : ١/٣١٣ ، ٥/٣٢٧ .

(٢) التوى : بوزن الحصى : الهلاك ، انظر : المصباح المنير مادة (توى) .

على الإذن العام بأن حجر على عبده في بيته بعد ان شاع اذنه في الناس وانما لم يجز دفعاً للضرر عنهم كذا ههنا .

وان منعتم فلايصح المنع ، لانا اجمعنا على ان الأمر المشهور لايرتفع بالنسخ الخفي حتى يشتهر الناسخ شهرة المنسوخ ، ويعتبر علم الانسان بالناسخ حتى يثبت حكمه في حقه ، الا ترى ان أهل قباء لم يثبت في حقهم نسخ القبلة حتى علموا .

واذا ثبت هذا فلم يرتفع الأمر المشهور الاّ بنهي مشهور حتى يتصل بكل من اتصل به الأمر .

قالوا : ولايلزم اذا رآه يبيع متاعه ، لانا انما جعلنا السكوت اذناً لدفع الضرر ، وفي هذه المسألة اذا جعلنا السكوت رضا اضررنا بالسيد في زوال ملكه عن المتاع واذا لم نجعله رضا فضرر يلحق المشتري في ان لايجوز عقده الاّ ان الضرر الذي يلحق المشتري دون الذي يلحق السيد فما يلحق السيد أعظم، لأنه يزول ملكه عن الشئ الذي باعه العبد والذي يلحق المشتري أخف ، لأن غاية ما في الباب ان لايجوز عقده ولايملك المشتري الاّ ان هذا ضرر قليل ، لأنه ان لم يملك المتاع يبقى الثمن على ملكه واذا كان الضرر الذي لحق البائع أعظم فدفع الضرر عنه بترك تجويز العقد أولى من دفع الضرر عن المشتري ، لأن أعظم الضررين أولى بالدفع من أخفهما .

وفي مسألتنا الضرر بنفي الاذن ضرر عام والأمر باثباته ضرر خاص وهو الذي يلحق السيد ودفع الضرر العام أولى من دفع الضرر الخاص ، وهذا معتمدهم .

وقد استدل بعضهم : فإن السكوت اذن بسكوت البكر في النكاح وسكوت الشفيع عن الطلب وسكوت النبي ﷺ عن أمر شاهده وعاينه وغير هذا على ما عرف .

وربما يقولون العبد متصرف لنفسه وللسيد حق المنع فسكوته عن المنع من

التصرف يجوز أن يكون مسقطاً حقه .

دليله : المشتري للشقص المشفوع اذا تصرف فيه وراءه الشفيع وسكت .

الجواب :

قلنا : أما دفع الضرر واجب على ما قلتم ، ولكن نحن قد دفعنا الضرر عن الناس حيث اطلقنا لهم الإستخبار عن اذن المولى إياه في التجارة اما من الناس أو من العبيد ، ثم الاعتماد عليه ان كان محل الإعتماد فأما اذا اعتمدوا على اذن المولى وسكوته فهم الذين جروا الضررْ الى أنفسهم حيث اعتمدوا على ما ليس بمحل الاعتماد ، ومَنْ جرّ الضرر الى نفسه فليس علينا دفعه عنه .

وحرف الجواب : انهم اذا سلكوا الطريق المشروع فلا ضرر ، وذلك بأن يستخبروا عن الناس وجود الاذن أو من العبيد فاذا لم يسلكوا الطريق المشروع ولَحِقَهم الضرر فليس علينا دفعه .

ويقال : هذا بما كسبت يداك فذق وبال أمرك ويداك أو كتا وفوك نَفَخَ ، ويقال لهم أيضاً : ان الاذن عقد شرعي ، وفي العقود الشرعية يعتبر وجود أسبابها لتصح ، فأما دفع الضرر لايكون سبباً في انعقاد العقود ، نعم ، يجوز ان يقال دفع ضر أو جلب نفع يكون ثمرة عقد ، فأما أن يكون هذا السبب في انعقاد العقد محال ، وفي مسألتنا لم يوجد سبب وان وجد سبب فبينوا .

وأما المسألة التي استشهدوا بها فهي على أصولهم ، وعندنا : يجوز الحجر عليه في بيته ، وقد جوّزوا مثل هذا في القراض ، وعلى انه ان سُلّم لهم فهناك اذن مشهور فلايرتفع إلاّ بنهي مشهور فكذلك ههنا فُقد اذن مشهور فلا يرتفع إلاّ باذن مشهور .

وأما المسألة التي الزمناهم : فهي في نهاية الإلزام .

وأما عذرهم باعتبار اعظم الضررين ، فليس بشئ ، لأن ضرر السيد وإن كان أعظم لكن هو أضر بنفسه ، لأنه كان ينبغي أن ينهي عنه ويمنع منه .

وأما المشتري وان كان ضرره أخف لكنه اعتمد على / سكوت ١١٣/أ السيد ، وعندكم : هو محل الإعتماد فصار دفع الضرر عن المشتري أولى ، لأنه لاعذر للسيد فيما يفعله ، والمشتري معذور ، ودفع الضرر عن المعذور أولى .

وأما قولهم : ان السكوت قد يكون رضا بحال ، وسكوت البكر لايكون رضا حقيقة ، لأن رضاها ليس بشرط مع الأب ومع الأخ لابد من نطقها ، وكذلك الشفعة السكوت عنها ليس برضا وانما يسقط حقه بسكوته ، لأنه حق على الفور فاذا ذهبت الفورية انتهى الحق واذا انتهى لم يبق كسائر ما ينتهي .

وأما سكوت النبي ﷺ فانما جعل رضا وتقريراً لوجوب الإنكار عليه .

وان قالوا : ههنا يجب الإنكار عليه أيضاً .

قلنا : لايجب ، وان استحب له الإنكار يكون استحباب الانكار اذا زوج بنته وامته أو باع عبده ، وفي هذا الموضع لايكون سكوته رضا ، كذلك ههنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

لايتعلق دين المأذون برقبة العبد المأذون ، على معنى انه لاتباع فيه رقبته عندنا .[١]

وعندهم : يتعلق به وتباع فيه .[٢]

لنـــا :

ان رقبة العبد من أصول أموال السيد فلايتعلق به دين العبد .

دليله : سائر أمواله .

ومعنى قولنا :" انه من اصول اموال السيد " انه غير حاصـــــل بكسب العبد .

وحرف المسألة : ان الدَّين واجب على العبد والرقبة مال السيد فلا يتعلق دين العبد بمال السيد إلاّ بمعنى من قبله يوجب تعليقه به ولم يوجد لاصريحاً ولا دلالة، أما الصريح فمعلوم عدم وجوده ، أما الدلالة فلانه لم يوجد من السيد إلاّ الإذن بتحصيل الكسب وليس في الاذن بتحصيل الكسب دلالة على تعليق الدين برقبة العبد .

يبينه : انه لو وجد فيه دلالة لكان من حيث ان تحصيل الكسب بالتجارة لايخلو من دين يجب على العبد ، ولابد للدين من محل يقضي منه فتعلق بالرقبة ليقضي منها ، وهذا انما يصير دلالة ان لو لم يوجد محل آخر يتعلق به فيقضي منه وقد وجد وهو الكسب فسقطت دلالة الاذن من الرقبة ليتعلق بها .

---

(١) النكت :ورقه ١٦٢/ب ، المهذب : ٥١١/١ ، ٥١٢، الروضه : ٥٧١/٣ ، المنهاج مع شرحه المغني ١٠١/٢ .

(٢) مختصر القدوري : ٤٧٤/١ ، ملتقى الابحر مع شرحه مجمع الأنهر : ٣٥٥/٢ .

فإن قالوا : يتعلق بهما .

قلنا : لايجوز بدون الكسب محل تام في الوفاء بالدين كافٍ لقيام به وانما قلنا ذلك ، لأن الدين دين المعاملة والمعاملات يرجع فيها الى العادات وهي حكم عدل فيها ، والعادة أن ديون العبيد اذا وجدت فان اكسابه تفي بها ولاتزيد عليها إلاّ نادرا وذلك ساقط كما تسقط اذا زادت على الرقبة ولايتعلق بمال آخر للسيد .

والحرف الوجيز في هذه الطريقة : ان الدين على العبد والرقبة مال السيد وانما تتعلق بالكسب بدلالة لاتوجد في الرقبة ، وهي النظر لديون الناس حتى لا تتوي فاذا استقل الكسب بالوفاء بها على ما سبق سقط الدليل من تعلقها بالرقبة من كل وجهٍ .

ويمكن أن يعبر عما قلناه فيقال : الدين دين التجارة ودين التجارة يعتمد المراضاة ، ولم يوجد من السيد رضا بتعلقه برقبة العبد لا صريحاً ولا دلالة ، وقد وجد منه الرضا بالتعلق بالكسب دلالة على ما بينا ، لأنه لما اذن له بتحصيل الكسب ولاتحصيل إلاّ بدين ولابد للدين من محل يقضي منه ليرغب الناس في المعاملة مع العبيد معتمدين على وصولهم الى حقوقهم من ذلك المحل ، فانه اذا لم يوجد نفروا من المعاملة مع العبيد خوفاً من هلاك حقوقهم فيفوت مقصود الموالي فقد وجد رضا المولى بالقضاء من كسب العبد بهذا الطريق ، لانه لما اذن له مع علمه بذلك فقد رضى بتعلق الدين به دلالة ، وهذا لايوجد في الرقبة .لأن حصولها سابق على سبب الدين ، ولأن المولى لا يأذن لعبده في التجارة لِيتَويه انما يأذن ليحصّل منه مالاً فان لزمه دين في التحصيل يقضي مما يحصّله ويبقى له شئ فان لم يبق شئ ينجو منه كفافاً رأساً برأس ولا يتوي عليه ما هو رأس

ماله ، واذا علقنا الدين بالرقبة سعينا في اتْوى أصول امواله فيكون الاذن في التجارة عائداً اليه بضره لابنفعه ، ووضع الاذن في التجارة في الشرع لنفع الموالى من العبيد لالضرهم وهذا الوجه وان كان قريباً من الوجه الأول ويصلح تقريراً له لكن المدخل الأول أحسن وأجرى في النظر .

وأما حجتهم :

قالوا : دين وجب على العبد مطلقاً فيتعلق برقبته .

دليله : دين الإستهلاك ، وربما يقولون : دين وجب على العبد وظهر وجوبه في حق السيد ، وعنوا / بالإطلاق في العبارة الأولى ماصرحوا به في ١١٣/ب العبارة الثانية .

والفقه لهم :

ان الدين قد وجب على العبد فيتعلق بمحل الوجوب ، والرقبة محل الوجوب فتعلق بها من كل وجهٍ فهو واجب في الرقبة فيقضى من الرقبة .

قالوا : وأما الذمة عبارة الفقهاء وهي في اللغة : عبارة عن العهد ، والعهد لايكون محل الوجوب .

وفي الشرع : عبارة عن شخص له ذمة أو شخص يصلح الدين واجباً عليه ، ولهذا يقال : لفلان على فلان كذا ، وفي ذمة فلان كذا ، وفي عنق فلان كذا ، وفي رقبة فلان كذا ويعبرون به عن شئ واحد .

قالوا : وكذا نقول في الحدّ ، الا ترى ان الرقبة إذا تحولت مالاً كيف يقضى منها ، فاذا ثبت ان الدين يتعلق بالرقبة ابتداءً وهو واجب قضاؤه شرعاً ، لأنه غير مؤخر الى ما بعد العتق بخلاف ما اذا اقر بدين قبل الاذن فأولى محل يقضى منه هو المحل الذي تعلق به اذا امكن القضاء منه إلاّ أنه تقدم الكسب عليها لعارض دليل شرعي وهو النظر للغرماء والموالي ، فانا اذا قدمنا القضاء

من الكسب لم يصر العبد محجوراً عليه ويكون على تكسبه ولاينسد باب نفع السيد ولايزول ملكه عن رقبته ولايصير محل قضاء الدين للغرماء ، لأنه يكون على تكسبه وتحصيل ما يقضى به دينه ، واذا قدمنا القضاء من الرقبة استضر به الموالي والغرماء ، وهذا لايمنع التعلق بالرقبه ابتداءً ومانظير هذا إلاّ دين الإستهلاك فانه يتعلق بالرقبة ثم لو أن السيد قضى ذلك الدين من خالص ماله واستخلص الرقبة لنفسه فانه يجوز ، ولم يدل جواز ذلك على عدم تعلقه بالرقبة لكن فعل ذلك بطريق النظر من السيد لنفسه ، وههنا تقديم الكسب نظر من الشرع للسيد والغرماء زيادة حتى لو اراد السيد تقديم الرقبة بقضاء الدين منها واستخلاص الكسب لنفسه يجوز ، وهذا معتمدهم في المسألة .

قالوا : وأما اعتبار رضا السيد فلا معنى له بعد ان تعلق الدين بالرقبة وقد قام الدليل عليه مثل دين الإستهلاك .

وقال بعضهم : قد بيّنا ان العبد متصرف لنفسه ، وانما اعتبرنا اذن السيد ليكون رضا منه بتعلق الدين بالرقبة ، وقد وجد الرضا من هذا الوجه ، والأول أحسن .

وقد سلكوا طريقة أخرى في اثبات الدين في الرقبة وقالوا : ذمة العبد ضعيفة، لأنه آدمي ومال فمن حيث انه آدمي له ذمة ، ومن حيث انه مال فلا ذمة له ، فله ذمة من وجهٍ دون وجهٍ فضعفت .

ولهذا المعنى قلّ خطاب الشرع في حقه ، واذا ضعفت ذمته تعدّى وجوب الدين الى الرقبة من حيث التعلق ، لأنها أقرب محل الى الرقبة يصلح للاستيفاء منها ، ونظيره ذمة المريض لا [1] ضعفت باشرافها على الخراب بالموت تعدّى التعلق إلى أمواله ، وكذا الميت ، والطريقة الأولى أوجه .

---

(١) كذا في المخطوط ولعل صحة العبارة " إذا ".

قالوا : وليس كما لو حَجَرَ السيد على العبد ثم اقر بالدين حيث يقضي من كسبه الذي في يده ولايقضي من رقبته ، لأن في هذه المسألة انما لايقضي من الرقبة ، لأنه لم يجب الدين مطلقاً ، فانه لم يظهر حق السيد ، وأما كسبه الذي بقى في يده والاذن في ذلك قائم ليقضي منه ديونه فصح اقراره فيما يرجع اليه فيقضي منه . والجملة ان اذنه مرتفع في حق الرقبة باقٍ فيما في يد العبد من الكسب .

قالوا : وظهر بما قلنا الاعتراض على ما قلتم ، لأن حقيقة كلامكم انه لم يقم دليل على التعلق بالرقبة وقد قام بدليل ما بينا .

قالوا : وأما إذا أقر العبد في حال الحجر فهو دين لم يثبت في حق السيد والرقبة ماله ، فلم يؤاخذ بها لحق السيد ، والكلام في دين يثبت وجوبه في حق السيد والعبد جميعاً .

الجواب :

أما التحرير : فليس فيه دليل على التعلق بالرقبة ، لأن وجوبه مطلقاً لايدل على تعلقه برقبته ، انما يدل على كمال الوجوب وهذا لايدل على التعلق بالرقبة بدليل الحر وأم الولد ، والمدبّر على أصلهم .

أما قولهم : " ان الدين واجب على العبد " .

قلنا : بلى ، ولكن من أين قلتم بتعلق بالرقبة ؟ .

وقولهم : " ان محل الدين الرقبة " .

قلنا : لا ، بل الذمة ، لأن الأصل الأحرار ونقطع ان ديونهم تتعلق بذممهم لابرقابهم ، لأن التعلق بالرقبة ليس إلاّ على معنى وجوب القضاء منها ، ورقبة الحر لاتقضي الدين ، واذا قيل : لِمَ يقض الدين من الدية لانه كان متعلقاً برقبته بل لانها مال للمديون فيقضي منها دينه كما يقضي من سائر أمواله .

ويدل عليه : ان العبد المحجور عليه اذا اقر تعلق الدين بذمته لابرقبته .

وقولهم : " انه لم يظهر اقرار في حق السيد " .

قلنا : وجب / ان يتعلق بمحله وان لم يصدقه السيد ، كما تعلق ١١٤/أ بدينه ولأن المقصود من هذا الكلام ان نبين ان الرقبة غير الذمة .

فإن قالوا : ما الذمة وما الرقبة ؟

قلنا : الرقبة عبارة عن ذاته وجسمه ، والذمة عبارة عن محل الإلزام والالتزام شرعاً ، وهذا لأن الآدمي لما فارق سائر الحيوانات بخطاب الشرع فارقها بذمة تكون محلاً الإلزام بالخطاب ويكون أيضاً محل الإلتزام بعقوده في معاملاته واقاريره وغير ذلك ، وهو نوع كرامة لبني آدم ، فكما اكرموا بالخطاب الملزم للحقوق اكرموا بمحل لذلك يفارقون به غيرهم كما فارقوا بالخطاب .

ثم يقال لهم : ليس معنى قولكم ان الدين في الأصل يتعلق بالرقاب الا انه واجب عليهم ، ولم قلتم ان الوجوب على العبيد يقتضي قضائها من رقابهم، فان الوجوب عليه لايقتضي إلاّ خطابه بالأداء من الرقبة بخطاب ثان فمن أين هذا ؟ .

يبينه : ان الوجوب لما كان على العبد فالخطاب انما يتصور معه بالقضاء من الكسب اما القضاء من الرقبة فخطاب مع السيد ولادليل على الخطاب مع السيد بقضاء دين العبد وبهذا فارق دين الإستهلاك ، لأن الخطاب هناك مع السيد وههنا الخطاب مع العبد ، واذا خوطب فلايتصور أن يقضي من رقبته انما يتصور ان يقضي من كسبه ، وهذا كلام معتمد .

وأما الذي قالوه من ضعف ذمة العبد ، فليس بشئ ، لأنها ليست بضعيفة بل ذمته قوية مستقلة بخطاب الشرع ونقصان الخطاب في موضع لايوجب ضعف الذمة بدليل المرأة ، ولأن ذمة الصبي كذمة البالغ ، وكذلك ذمة المجنون كذمة العاقل ولاخطاب أصلاً ، وعلى ان هذا النقصان ان أثر فيؤثر في حقوق الشرع لا في حقوق العباد ، ولانسلم ان ذمة المريض ضعيفة ، ولانقول أيضاً ان ديونه

تتعلق بأمواله ثم يقال لهم : ضعف المحل يوجب ضعف الواجب فيه وقوة المحل يوجب قوة الواجب فيه ، فأما التعدي بالضعف الى محل آخر فلم ومن أين ؟ فهذا الذي قالوه كله أماني كاذبة وزعومات باطلة .

وأما التعلق بفصل الإستهلاك .

فيقال لهم : لِمَ قلتم ان دين الإستهلاك كما يتعلق بالرقبة فوجب ان يتعلق بها دين التجارة ، وذلك دين جناية وهذا دين تجارة ومعاملة ، والمخاطب هناك هو السيد وههنا هو العبد ، وخطاب الموالي في الرقاب وخطاب العبيد في الاكساب وقد تأيد هذا الفرقان على هذا الأصل بأم الولد ، فان جناية أم الولد على سيدها ويغرم قيمتها ودينها اذا أذن لها في التجارة يتعلق بكسبها لابرقبتها ، وأيضاً فان ذلك الدين غير مستند الى الرضا حتى يعتبر اتصال رضا السيد بمحل تعلقه، ودين التجارة مستند الى الرضا فيعتبر اتصاله بمحل تعلقه ، وقد اتصل بالكسب لا بالرقبة فهذه وجوه بينة في دفع تعلقهم بالإستهلاك وان الحوا في طلب المعنى فنقول :لابد لدين الجناية من محل يتعلق به حتى لا يَتوِي حق المجني عليه ، لأنا لو لم نعلقه بمحل أدّى الى ضرر عظيم يتصل بالناس فان الجنايات تكثر من العبيد فانهم يتصرفون في العادات ويرسلون في الحاجات فينقلون الأشياء مُخَلّى الذرع والسرب باختيارهم من غير حافظ ووازع ويفارقون بهذا البهائم ، فاذا لم نطلب محلاً نعلقه به تَوِى حق اصحاب الحقوق ولم يبال السادة بذلك ولا محل أولى من رقابهم .

وأما مسألتنا فلا تَوِى على حقوق أصحاب الحقوق ولأنا وجدنا محلاً تعلق الحقوق به فيمنع تَواها وهو الكسب فلا معنى للتعلق في الرقبة ، وهذا تخريج على الطريقة الأولى التي اعتمدنا عليها ، وهو بين بحمد الله تعالى ومنّه ، والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

﴿ مسائل من السلم ﴾

مسألة

يجوز السلم في الموجود عند المحل وان كان منقطع الجنس عند العقد .[١]

وعندهم : لايجوز إلاّ أن يكون موجوداً من عند العقد الى وقت المحل .[٢]

لنا :

انه اسلم في مضبوط وصفه مقدور على تسليمه عند وجوب التسليم فوجب أن يجوز .

دليله : اذا كان موجوداً عند العقد أيضاً ، وهذا لأنه اجتمع في / ١١٤/ب هذا العقد شرائط صحة السلم فصح سلماً .

ودليل ذلك : انه لم يفقد إلاّ الوجود عند العقد ، الا ترى انه لو كان موجوداً عند العقد ، والعقد على هذا الوجه صح العقد فنقول : الوجود عند العقد لواعتبر لاعتبر ليقدر بوجوده على التسليم والقدرة على التسليم لاتعتبر لعينها انما تعتبر لأجل توجه المطالبة ، الا ترى ان الآبق مقدور على تسليمه في الجملة ، ولكن اعتبر قدرة البائع لان المطالبة متوجهة عليه ، فثبت ان القدرة على التسليم انما تعتبر بواسطة المطالبة عند المحل ولا مطالبة قبل المحل

---

(١) الأم : ٣/١٢١ ، المهذب : ١/٣٩٥ ، المنهاج مع شرحه المغني : ٢/١٠٦ ، الروضة : ٤/١١ ، معالم السنن : ٣/٧٤١ ، الحاوي : ٥/٣٩١ .

(٢) الاسرار : ٢/١١١/ب (مراد ملا) .

مختصر الطحاوي : ص ٨٦ ، مختصر القدوري : ١/٢٨٠ ، المبسوط : ١٢/١٣٤

البدائع : ٧/٣١٧١ ، الهداية وشروحها ، فتح القدير : ٧/٨١ .

فلا تعتبر القدرة قبله وانما توجد المطالبة عند المحل والقدرة عنده موجودة ، الا ترى انه لو عقد عند المحل وهو حال وجود المسلم فيه حكم بوجود القدرة ، كذلك ههنا .

يبينه : ان ما قبل المحل كما بعد المحل في انه ليس بزمان المطالبة ثم لايعتبر الوجود بعد المحل كذا قبله بل أولى ، لأن ما بعد المحل زمان المطالبة بقاءً وما قبل المحل ليس بزمان المطالبة لابقاءً ولا ابتداءً .

أما حجتهم :

قالوا : عقد سلم أورده على مالايقدر على تسليمه فلا يجوز ، كما لو اسلم في المعدوم حالاً ، وهذا لأن القدرة على تسليم المسلم فيه شرط لصحة العقد فاذا فُقِدَ لم يصح .

ودليل الوصف ان المسلم فيه في الحال معدوم فلا قدرة على تسليمه قطعاً فلوصح العقد لصح باعتبار القدرة على تسليمه عند المحل ولا تعلم القدرة على التسليم عند المحل ، لأن القدرة لوكانت انما تكون باحدى شيئين : بوجوده في أيدي الناس ، وحياته عند المحل ليحكم له بالقدرة ، ويجوز أن تدوم حياته فيحكم له بالقدرة ، ويجوز أن يموت فلايحكم له بالقدرة فلايجوز اثبات القدرة بالإحتمال ، لأن المحتمل لايكون حجة في اثبات شئ .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان الظاهر حياته فالظاهر قدرته وذلك لانا لانسلم ان الظاهر حياته لكن لابدليل يدل عليها فإن حياة اليوم لاتكون دليلاً على حياته في الغد لكن صار الظاهر حياته عند المحل بحكم استصحاب الحال ، واستصحاب الحال حجة الحال ، فانه حجة في ابقاء ما كان على ما كان وليس بحجة في اثبات امر لم يكن .

والمعنى فيه :

ان الثابت مستدام ثبوته ولايقطع إلاّ بدليل يقوم على قطعه وغير الثابت مستدام عدم ثبوته إلاّ أن يقوم الدليل على اثباته فكما ان الثابت لايقطع ثبوته بالاحتمال فغير ثابت لايثبت بالاحتمال .

قالوا : ولهذا نقول : ان المفقود لايورث ، لأن حياته مستصحبة ولايرث أيضاً لانه يجوز موته وان كانت الحياة مستصحبة ، فالملك الثابت له لم يقطع بالاحتمال وغير الثابت لم يثبت بالإحتمال ، كذلك هاهنا القدرة غير ثابتة فلا تثبت مع الإحتمال هذا حرفهم .

قالوا : ولايجوز أن يقال انه اذا كان موجوداً عند العقد في ملك الناس غير موجود في ملكه فالقدرة غير ثابتة إلاّ بالإحتمال ، لأنه يجوز أن يصل اليه ، ويجوز أن لايصل إليه ، لأن القدرة على تسليم الديون لاتكون إلاّ بهذا القدرة وهو وجود امثاله في ايدي الناس ، وعلى ان في تلك الصورة انما جوزنا ضرورة، لأنا لو لم نجوّز لم يجز اصلاً ولا ضرورة في الإسلام في المعدوم .

فان قلتم فيه ضرورة الدهاقين وعامة الحراثين والاكارين ليقبلوا السلم في الحال في اشياء يرجون وجودها وحصولها لهم من بعد فهذا ليس بشئ ، فانه لاضرورة فانهم يمكنهم ان يقبلوا السلم في الموجود في الحال ثم اذا حصل لهم مايرجون وجوده صرفوه الى الأشياء التي قبلوا السلم فيها من غير حرج ومشقة ، لأن هذا التصرف وتحصيل المسلم فيه بهذا الوجه متيسر على الناس هذا طريقهم المعتمد وقد قال مشايخهم في هذه المسألة :

ان السلم عقد يجب تنزيهه عن الغرر الموهوم كما يجب تنزيهه عن الغرر المحقق بدليل انه لايجوز السلم في مكيل وموزون بشرط ان يكيل بمكيال رجل معين يخالف مكاييل الناس ، وكذا الميزان وليس عدم الجواز إلاّ لتوهم هلاكه فلايدري

ما يسلم فوجب تنزيه العقد عن هذا الموهوم ، وما عُدّ غرراً اذا اسلم في حنطة من مزرعة بعينها أو رطب من نخيل بأعيانها وليس ذلك إلاّ توهم هلاك زرع تلك المزرعه أو رطب تلك النخيل ، وقد دل على هذا الأصل قوله /١١٥/أ عليه السلام في السلم : (أرأيت لو منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال أخيه؟ ...) [١] فقد نص ﷺ على اعتبار الموهوم ، وهذا لأن السلم عقد غرر فالشرع أوجب فيه الإحتراز عن الغرر والموهوم اذا امكن حتى لايكثر الغرر، واذا ثبت هذا الأصل فالموهوم في مسألتنا هلاك المسلم اليه قبل المحل وتوجه المطالبة والمسلم فيه منعدم في العالم والإحتراز عن هذا ممكن بأن يسلم في موجود فوجب الإحتراز .

وربما يقولون في العقد لابد له من محل وقد عدم المحل في مسألتنا فلم ينعقد .

قالوا : وكذا اذا اسلم في غير المنقطع إلاّ ان هناك جوزنا للحاجة .

الجواب :

أما الطريقة الأولى فقد بينا وجود القدرة عند المطالبة والاعتبار بذلك ، لأن التسليم يجب بشرط المتعاقدين فينظر الى زمان الشرط ، ويقال : العقود مشارطات شرعية فينظر الى الشروط وزمانها .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٣٩٨/٤ مع الفتح ، باب اذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .

ومسلم في صحيحه : ٢١٧/١٠ مع النووي ، باب وضع الحوائج .

والنسائي في سننه : ٢٣٢/٧ ، باب شراء الثمار قبل ان يبدو صلاحها .

والامام مالك في الموطأ : ٢٢١/٤ ، مع المنتقى ، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .

فأما قولهم : " ان القدرة في الحال غير ثابتة فلاتثبت بالإحتمال وهذا حرف الطريقة ."

والجواب عنه من وجهين :

احدهما : ان الظاهر حياته ، والظاهر حجة في احكام الشرع ، وهذا لأن الغالب في الناس ان حياتهم تفي بأجالهم وآجالهم لاتفضل عن أعمارهم فَمَنْ نظر في معاملات الناس عرف هذا الغالب الذي ادعيناه والذي يقولون من انقطاع حبل العمر نادر ، والنادر لايعارض الغالب ، ولو ثبت الإحتمال الذي ادعوه لثبت بمعارضة الموت الحياة في المستقبل بأن يقول القائل كما يجوز ان يعيش غداً يجوز أن يموت إلاّ ان المعارضة سقطت بالوجه الذي بينا ، واذا سقط المعارض صار الإحتمال معرضا عنه ، لأن الراجح مسقط اعتبار المرجوح .

جواب آخر معتمد :

وهو انه قام دليل الحياة عند المحل شرعاً .

وبيان هذا ان بالإجماع جاز التأجيل الى شهر وشهرين وسنة وسنتين ، وانما جاز بناءً على وجود الحياة عند المحل ، لانه أجّل الى مدة ليطالب عندها وقد جاز شرعاً وانما تتصور المطالبة بموافقة الحياة ، فدل انه انما جاز التأجيل الى المدة المضروبة بتقدير حياته ، ولهذا لو ضرب أجلاً نعلم أن الحياة لاتوافقه لايجوز ، لأنه لم يوجد ما ينبني عليه الجواز، واذا قام دليل الحياة من الشرع ثبتت القدرة شرعاً وسقط الاحتمال الذي قالوه ، وهذا جواب يصطلم الطريقة ويأتي عليها بحيث لايبقى للخصم معه متنفس .

وأما طريقة مشايخهم :

فليس بشئ ، لأن الموهوم غير معتبر في ابطال العقود ، وهذا لأن المحل المتحقق بالعقد قد وجدت القدرة على التسليم فيه والموهوم لايعارض المتحقق

فلو بطل العقود لبطل باعتبار محل موهوم فاذا لم يعارض الموهوم المتحقق سقط اعتباره ولايبطل العقد المتحقق بقدرة متحققة في محل متحقق بموهوم لايعارضه ، ولأنه ما من عقد الا ويتوهم عليه طريان عارض يبطله من اباقٍ في مبيع أو هلاك عبد أو تخمر عصير أو طريان ردة أو محرمية على النكاح ، وكان المغنى في الاعراض عن هذه العوارض عدمها في الحال ثم اذا وجد في العقد يبتنى عليه ما يقتضيه ويليق به من اثبات خيار أو افساد عقد أو غير ذلك .

وقولهم : " ان السلم تنزه عن الغرر الموهوم بخلاف بيع العين " .

دعوى لادليل عليه ولو قيل على العكس ان السلم أقبل للغرر فهو أحسن مما قالوه وأوفق للأصول .

وقال بعض أصحابنا :

لو اعتبر الموهوم ويجوز أن يموت الى شهرٍ أو الى شهرين يصير كأنه ضرب الأجل الى شهر أو الى شهرين ، وهو [١] يقولون على هذا الأجل الى شهر أو شهرين انما لايجوز ، لأنه يؤدي الى منازعة بين المتعاقدين ، وفي الصورة التي ألزمتم لايؤدي الى المنازعة وما قدمنا من الجوابين كافٍ .

وأما مسألة الضمان : وهو أن السلم بوزن رجل بعينه فانما يبطل السلم لجهالة قدر المسلم فيه ، لأن الشرع واجب أوجب السلم بكيل معلوم ووزن معلوم، وهذا العلم أما أن يرجع الى المعتاد بين الناس أو الى المكيال الشرعي الذي اعتبر في احكام الشرع ولم يوجد واحد منهما ففات العلم بالمسلم فيه فبطل العقد لهذا. ونقول لايجوز مثل هذا في بيع العين وذلك اذا اشترى مكايلة أو موازية بمثل هذا المكيال والميزان لما بيّنا .

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (هم) .

وأما المسألة الثانية : فانما ابطلنا السلم هناك / بالنص وهو ١١٥/ب

حديث زيد[١] بن سُعنة ان النبي ﷺ قال : أما في محلة بعينها فلا..."[٢]

وعلى ان هناك القدرة على التسليم عند المحل لاتوجد ، لأن القدرة على التسليم انما يكون بأن يكون المسلم فيه عام الوجود على ما عرف في المذهب في تلك الصورة لايكون عام الوجود .

وأما قوله عليه السلام : (أرأيت لو منع الله الثمرة) .[٣]

قلنا :هذه الكلمة انما وردت في بيع الثمار قبل بدو الثمار والصلاح لافي السلم .

وقولهم : " ان المحل مفقود في هذا العقد " .

قلنا : لا ، بل موجود مثل ما يوجد اذا كان السلم في غير منقطع وهذا لأن السلم عقد على دين فلا يستدعي إلاّ وجود ذمة صحيحة قابلة للوجوب . والله اعلم

---

(١) زيد بن سُعنة الحبر الاسرائيلي ـ اختلف في سعنه فقيل بالنون وقيل بالتحتانية ، قال ابن عبد البر : بالنون أكثر ، روى قصة اسلامه الطبراني وغيره ، توفي في غزوة تبوك مقبلاً الى المدينة . الاصابة : ٥٤٨/١ ، الاستيعاب مع الاصابة : ٥٤٣/١ .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى البيهقي معناه فقال : ..... قال : عبد الله بن سلام ان الله لما اراد هدي زيد بن سعنة .... فذكر الحديث .... الى ان قال : فقال زيد بن سعنة : يا محمد هل لك ان تبيعني تمراً معلوماً الى أجل معلوم من حائط بني فلان قال لا ، يايهودي ولكني ابيعك تمراً معلوماً الى كذا وكذا من الأجل ولا اسمي من حائط ابن فلان فقلت : نعم ...... " اهـ ٢٤/٦ .

ورواه الحاكم في قصة اسلامه زيد بن سعنة مطولاً ، انظر : المستدرك : ٦٠٤/٣ .

(٣) سبق تخريجه .

﴿ مسألة ﴾

السلم الحال عندنا جائز .[١]

وعندهم : باطل .[٢]

لنـــا :

ان السلم مؤجلاً يجوز فيكون حالاً أجوز .

فان قالوا : لِمَ ؟

قلنا : لأن المؤجل يتغير عما يقتضيه العقد ، والحال موفر مقرر عليه ما يقتضيه العقد فاذا جاز مغيراً عما يقتضيه العقد فلأن يجوز مقرراً عليه ما يقتضيه العقد أولى .

وبيان هذا : ان استحقاق العوض ملكاً ومطالبةً مقتضى العقد ، أما الملك فلا اشكال فيه ، وأما المطالبة فلأن مَنْ ملك شيئاً بعقد يملك أن يطالب به خصوصاً اذا كان قد اعطى عوضه والأجل مغير مقتضى العقد ، لأنه يؤخر المطالبة بعد تحقق سبب المطالبة ، فثبت ان الأجل داخل في العقود ليغير مقتضاها ، ولهذا المعنى لاتقبله بعض العقود ولو كان يوافق مقتضى العقد لم يتصور أن لايقبله عقد ، واذا ثبت انه مغير مقتضى العقد ثبت الأصل الذي ادعيناه انه اذا جـــاز

---

(١) المهذب : ٣٩٣/١ ، النكت ورقة ١٤٦/أ ، الروضة : ٧/٤ ، الأم : ٨٥/٣ ، المنهاج مع شرحه المغني : ١٠٥/٢ ، معالم السنن : ٧٤٢/٣ ، شرح صحيح مسلم للنووي : ٤١/١١ ، الحاوي : ٣٩٥/٥.

(٢) الاسرار : ٢/ ١١٢/أ (مراد ملا) ، مختصر الطحاوي: ص ٨٦ ، مختصر القدوري: ٢٨١/١ ، الهداية مع شروحها : فتح القدير : ٨٦/٧ ، رؤوس المســائل ص ٢٩٨ .

مؤجلاً فحالاً أجوز وانما اخترنا هذا الدليل ، لأنه قول صاحب المذهب [١] فكان التعلق به أولى ، وأيضاً فان الحال أبعد غرراً من المؤجل ، لأن الأجل في نفسه غرر كالخيار غرر ، ولأنه بالأجل يتأخر موجب العقد ، ولايدري انه هل يتصل به موجبه أم لا ؟ فان اتصل لايدري انه هل يقدر عليه أو لا ؟ فثبت الغرر في الأجل من هذا الوجه وصح ما ادعيناه .

وقد قال بعض أصحابنا محتجاً في هذه المسألة : ـ ان السلم يجوز أن يبقى حالا فيجوز أن يثبت حالاً ، وصوروا فيما اذا مات المسلم اليه عقيب العقد بقى العقد صحيحاً ، وكذلك اذا اتفق العاقدان على اسقاط الأجل .

يبينه : ان الباقي هو المنعقد فاذا بقى حالاً في هذه الصورة فلينعقد كذلك ، وهذا لضعفٍ لأنهم يقولون سقوط الأجل بعارضٍ يسقطه لايدل على انه ليس بشرط ، لأن الشروط قد تسقط بالعوارض ، وهذا كالأجل في السلم في المعدوم فانه يسقط بعارض موت المسلم اليه ولم يدل على انه ليس بشرط ، وهذا لأن السلم قديم بشروطه ، والشروط انما تعتبر عند العقود لا بعد العقود ثم اذا سقط لعارض يثبت له حكمه على ما يقتضيه ، فلا جَرَمَ نقول يثبت لرب السلم حق الفسخ ان لم يصل الى المسلم فيه .

وحرف الإعتراض : ان الأجل مشروط عندنا لأجل الإنعقاد لا لأجل البقاء ،فالاعتماد على الأول .

وأما حجتهم :

تعلقوا أولاً بقوله عليه السلام (مَنْ اسلم فليسلم في كيل معلـــوم ووزن

---

(١) يعني بذلك الشافعي فقد نص على ذلك في الام : ٨٥/٣ .

معلوم إلى أجل معلوم ....) [١]

والمراد من أراد أن يسلم فليسلم هكذا ، فهو مثل قول (مَنْ دخل داري فليغض بصره ، ومَنْ كلمني فليكلم بصواب) فاقتضى ظاهر هذا الخطاب المنع من السلم الا على هذا الوجه كما اقتضى ما ذكرنا المنع من الدخول إلاّ غاض البصر والمنع من الكلام إلاّ بصواب .

ومن حيث المعنى قالوا :

أسلم فيما لايقدر المسلم اليه على تسليمه فلا يجوز ، كما لو أسلم في منقطع حالاً وانما قلنا ذلك لأن القياس الصحيح يقتضي ان لايصح السلم أصلاً ، لأن المبيع فيه هو المسلم فيه ، والأصل ان المبيع لايكون مبيعاً إلاّ بعد أن يكون عينا مملوكة مقدوراً على تسليمها ، وهذا لأن العقد في المبيع يوجب نقل الملك فيه الى صاحبه ونقل الملك لايصح إلاّ في عين مملوكة ثم القدرة على تسليمها شرط ، لأن الوصول الى المبيع مقصوده ولا وصول إلاّ بالقدرة .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه : ٤٢٩/٤ ، مع الفتح ، باب السلم في وزن معلوم ، من كتاب السلم .

ومسلم في صحيحه : ٤١/١١ مع النووي ، باب السلم ، من كتاب المساقاة .

وأبو داود في سننه : ٧٤٢/٣ مع المعالم ، باب في السلف ، من كتاب البيوع .

والترمذي في سننه : ٤٨/٦ مع العارضة ، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ، من أبواب البيوع .

والنسائي في سننه : ٢٥٥/٧ ، باب السلف في الثمار ، من كتاب البيوع .

وابن ماجة في سننه : ٧٦٥/٢ ، باب السلف في كيل معلوم ، من كتاب التجارات

والامام أحمد في المسند : ٢٢٢/١ .

واللفظ عندهم (من اسلف في شئ ....) .

وإذا ثبت هذا الأصل نقول : لم يوجد في السلم ما يصلح أن يكون مبيعاً لأنه لاعين ولا ملك إلاّ أن الشرع جوّزه رخصة ، وذلك لما روي عن النبي ﷺ انّ نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ، ورخص في السلم ....) .[١]

وَحَدُّ الرخصة هو اطلاق / مع بقاء الحاظر لعذر مثل الرخصة في أكل الميتة ١١٦/أ عند الضرورة ، ورخصة اجراء كلمة الكفر على لسانه ، فالحاظر هاهنا عدم المبيع، والعذر وجود الحاجة الى هذا العقد للفقراء والمحاويج فان الانسان محتاج الى ما ينفقه على نفسه وليس عنده شئ يفضل عن حاجته لبيعه ويرجو وجود مال من ادراك ثمرة له أو استحصاد زرع أو قدوم مال غائب فيقبل السلم فيما تأمل وجوده أو في شئ آخر فينفقه فهذا العذر سبب الرخصة ، والرخص تتبع الأعذار والحاجات ، ومن هذا يقال السلم عقد المفاليس والمحاويج[٢] فصار السلم في الحقيقة قبول عقد فيما لايقدر على تسليمه فجوّز رخصة ،ثم القدرة على تسليم المبيع شرط ليصح العقد ، وفي الحال لاقدرة لما ذكرنا فجعل الشرع الأجل شرطاً ليقدر به على التسليم ، فإن القدرة بالوجود ، والوجود للمعدمين بالتكسب والتحصيل ولابد له من زمان ومدة ، وذلك من الأجل فصار الأجل ليقدر به على تسليم المسلم فيه فصار حتماً لازماً ولم يجز تركه بحال وهو مثل الأجل في الكتابة عندكم فانه لما كان ليقدر به على تسليم بدل الكتابة كان حتماً عندكم .

أما عندنا انما تصح الكتابة حالة ، لأن العجز هناك في عوض الكتابة وعوض

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر : تفسير القرطبي : ٣٧٩/٣ .

الكتابة بمنزلة الثمن في المبيع ولايعتبر وجود القدرة على تسليم الثمن ليصح البيع عندنا ، وهذا يأتي في مسألة الإفلاس بالثمن .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان السلم من الغنى حالاً لايجوز عندكم أيضاً ، وإن كان قادراً على التسليم وذلك لأنا دللنا على ان السلم عقد رخص فيه لأجل الحاجة ، والحاجة أمر باطن لايوقف عليها فأعرض عنها وأدير الحكم على سبب ظاهر وهو الإقدام على السلم مثل قصر السفر مع اعتبار المشقة على ما عرف .

وهذا لأن السلم عقد بأوكس الثمنين فان الانسان اذا كان عنده عين يبيعها بأوفر الثمنين واذا قبل السلم بشئ في ذمته يقبل بأوكس الثمنين ، والعاقل لايترك البيع بأوفر الثمنين ويعدل إلى الأوكس إلاّ للحاجة فصار الإقدام دليل الحاجة وان اتفق ان يكون عنده من جنس ما قبل السلم فيه فالظاهر انه مشغول بحاجته حيث لم يبعها عيناً وعدل الى السلم ، والمشغول بالحاجة كالمعدوم بدليل الماء للعطشان في السفر .

قالوا : ولايقال انه قادر على أداء المسلم فيه بما حصل عنده من رأس المال، لأن رأس المال انما اخذه للحاجة اليه على ما سبق فيكون مشغولاً بحاجته فلا تتحقق به القدرة .

يبينه : انه كيف يجوز المسلم حالاً ويطالب في الحال فيحتاج الى أن يصرف ما أخذه لحاجته الى هذا ، وزيادة شئ يضع عليه فيؤدي الى أن يصير الحلول سببا الى ابطال ما جوّز العقد في الشرع لأجله ، وهذا محال .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان معنى الرخصة المذكورة في الخبر هو أن يبيع ما ليس بحاضر عنده من ذمته حتى اذا وصل اليه يسلمه وقد كان لايجوز في الشرع لعدم رؤيته فرخص في بيعه في ذمته وان كان غائباً عنه حتى اذا وصل اليه سلمه .

قالوا : وهذا فاسد من وجوه :

احدها : ان النبي ﷺ نهى لأنه باع ما ليس عنده ، وفي الصورة التي قلتموها ليس الفساد للغيبة ولا الجواز للحضور فانه لو باع عينا غائبة وقد كان قد رآها من قبل يجوز ، ولو باع عيناً حاضرة غير انها في كُمّه أو في كفه لايجوز ، فدار الجواز والفساد على الرؤية وعدم الرؤية لا على الغيبة والحضور .

والثاني : ان الشرط الذي يسقط اعتباره في السلم جائز دونه رخصة عدم العينية والملك جميعاً ، لأن الذي باعه في الذمة ليس بعينٍ ولا بملكٍ ، فانه لايملك شيئاً في ذمة نفسه حتى يبيعه ، ألا ترى انه متى ملك سقط فثبت ان العذر المجوّز عدم العينية والملك لا عدم الحضور أو الرؤية ، لأنهما لايعدمان الملك فلا ينبغي أن يسقط اعتباره وينبغي ان لايجوز بيعه قبل الملك سلماً ، لأنه اذا كان المجوّز عدم الغيبة والغيبة لايعدم الملك فلا ينبغي الجواز إلاّ بعد وجود مثل ملك الموصوف في ملكه ، لأن العذر ارتفع بجواز بيعه من ذمته فينبغي أن يبقى شرط قيام الملك كما كان شرطاً في بيع العين مع العين .

والثالث : وهو / ان الرخصة تكون بعذر ، والعذر هو العجز في ، ١١٦/ب مسألتنا ، ولاعجز عن الاحضار في تلك الصورة والإنتظار ممكن ، وأتى فرق بين أن ينتظر شرط الإحضار قبل العقد أو بعده فلابد منه ، فثبت ان هذا التأويل باطل ، وان الخبر متناول للصورة التي قدمناها لاغير .

قالوا : ولهذا سمى العقد سلماً ، لأن الأجل من شرط البيع في الأصل لما كان أن يكون بعد ملك المبيع وهذا بيع قبل الملك ، وكان

استعجالاً للبيع عن حينه .

والسلم في اللغة والسلف واحد ، كالسلف من الناس وهم الذي تعجلوا الى الله تعالى فالإستسلاف والإستعجال في اللغة واحد ، والعقود التي خصت بأسماء انما خصت بها لدلالتها على معانيها كالنكاح سمى به لما فيه من الإزدواج ، والضم والصرف لما فيه من تراد الأبدال في المجلس ، كذلك هاهنا سمى العقد سلماً لما فيه من استعجاله عن حينه وزمانه الذي هو شرط له في الأصل، فثبت الأصل الذي قدمنا وتبين ان الأجل دخل عليه ليقدر به على التسليم فلم يجز اخلاء العقد عنه هذا معتمدهم في المسألة .

وقد ذكر مشايخهم : ان السلم لما اختص بالدين مع قبول العين للتمليك مثل الدين ومع ان العين أبعد من الغرر فلابد أن يكون لمعنى وليس كذلك إلاّ وجوب الأجل ، فإنه لما لم يخل عن الأجل لم يخل عن الدين الذي هو محل الأجل.

الجواب :

أما الخبر .

قلنا : هو وارد لبيان ايجاب الإعلام ، ألا ترى انه ليس فيه استيفاء جمع شرائط السلم .

يدل عليه : انه يجوز السلم في غير المكيل والموزون ، ولو كان على ما قلتم لم يجز في غيرهما فالإعلام لايكون إلاّ بعد وجود الأجل فلا جرم .

قلنا : اذا ذكر الأجل فلابد من إعلامه .

فأما المعنى الذي قالوه .

قلنا : لانسلم لهم ما ادعوه من العجز ، لأنه ان كان غنياً فهو قادر وان كان فقيراً فهو قادر على تحصيل المسلم فيه بما حصل في يـــده من رأس المال ،

والأولى أن نقول : العجز أمر باطن فيدار على السبب الظاهر فنقول : اقدامه على السلم الحال مع اهلية الملك دليل القدرة .

وأما قولهم : " ان الأصل أن لايجوز السلم " .

قلنا : بل الأصل جوازه في الموضع الذي نصوره من بعد .

وقوله : " ان المبيع لابد أن يكون عيناً مملوكة " .

قلنا : اذا باع عيناً ، فأما اذا باع ديناً وجب ابتداءً في ذمته فلا ، وهذا كالثمن اذا اشترى شيئاً بثمن في ذمته فانه يجوز على الأصل لا معدولاً به عن الأصل خصوصاً على أصلكم على ما عرف في مسألة تعيين الدراهم ، وهذا لأن الأموال ضربان : أعيان وديون ، والعقود قسمان : بيع وسلم ، واحدهما على العين ، والآخر على الدين ، فكما يجوز بيع العين المملوكة على الأصل يجوز بيع الدين من الذمة على الأصل .

وأما القدرة على التسليم فهو شرط فيهما لكن على حسب ما يليق به ففي بيع العين انما توجد القدرة على تسليمه المبيع بوجود العين في ملكه وفي الدين توجد القدرة على التسليم بوجود امثاله في أيدي الناس وتصور وصوله اليه بأهلية التملك ، وهذا لأن المبيع دين فلا معنى لاعتبار وجود شئ في ملكه، لأن الدين واحد ملك شيئاً أو لم يملك فاعتبر لحصول القدرة على التسليم وجود أمثاله في أيدى الناس أعني وجود أمثال الموصوف وتصور وصوله اليه . وهذا لأن القدرة لما كانت بالمثل فسواء وجد في ملكه أو في أيدي الناس فالمثلية واحدة ، ولامعنى لاعتبار ملكه أصلاً والوصول اليه ليسلمه بعد ان وجد في نفسه لايكون فيه كثير اختلاف فسواء كان في ملكه فيصل اليه فيسلمه أو في ملك غيره فيحصله فيسلمه فتتحقق القدرة في الموضعين .

وقولهم : " انه لابد من زمانٍ ليحصله " .

قلنا : هذا الكلام بناء لهم على ان السلم عقد الفقراء ، واذا كان معدماً فقيراً فلابد من زمان التكسب ، ونحن اذا لم نوافقهم على هذا الأصل على ما سبق بيانه أعرض عن فقره وغناه واعتبر الوجود وتصور السبب منه للوصول وزمان مباشرة السبب ليحصّله مثل زمان إحضاره ليسلمه ولايعتبر ذلك ، كذلك ههنا .

بقى لهم التعلق بالخبر وهو ان الشرع سمى السلم رخصة " .

قلنا : لانعرف صحة الخبر على ما ادّعوا ونقلوا ، وعلى انه وان نُقِلَ فليس من شرط كون الشئ رخصة وجود العجز بدليل المسح على الخفين ، وهذا لأن الشئ يسمى رخصة اذا اطلق لنوع تيسير / وتسهيل على العباد ١١٧/أ ، وقد يعسر الاحضار وان كان في ملكه ويخاف فوت المشتري فجوّز له السلم وسمى رخصة ، لأنه مشروع لدفع مشقة وعسر ، وهذا الجواب ضعيف . لأنه بناء على ان معنى الخبر هو بيع غير المرائي وقبول السلم في الغائب عن مجلس العقد .

وقد ذكرنا اعتراضهم عليه فوجب الجواب المعتمد : هو أن الخبر وان ورد على ما قلتم لكن النظر في المعاني لايترك والأحكام مستخرجة من قواعد الشرع المؤسسة وقوانينه المقننة فنقول :

وجدنا البيع تمليك عين مملوكة والسلم تمليك موصوف في الذمة بايجابه ابتداءً ، والكل صحيح لقيام الدليل عليه ، والقدرة مشروطة على اللائق بكل واحد منهما وقد سبق هذا كله .

واذا ورد لفظ الشرع فيطلب له وجه صحة ولايترك هذا الأصل فنقول : " لفظ الرخصة محمول على السلم في المعدوم ، لأنا بينا ان القدرة على التسليم بوجود مثله في أيدي الناس فاذا لم يوجد فلا قدرة فينبغي ألا يجوز ، فالشرع

جوّز رخصة لوجود نوع حاجة اليه وصرب تسهيل وتوسيع وسمي رخصة ، لأن الحاضر قائم وهو العجز عن التسليم لفقد المثل وصار الأجل من شرطه ليقدر به على التسليم .

فأما فيما سوى هذه الصورة من عقود السلم فجائز على الأصل ولانسميه رخصة ، وهذا هو الأولى ، لأن العجز الذي أرادوا تحقيقه لايمكن بحيلة ما ، فانه كيف ما صوروا توهم القدرة لايرتفع ومع توهم القدرة لايتحقق العجز ، وهذا حرف في نهاية الإعتماد ، ولايبقى لهم على هذا كلام .

وأما في الصورة التي ذكرناها فقد تحقق العجز فاستقام معنى الخبر .

وقولهم : " انه بيع بأوكس الثمنين " .

قلنا : هذا اذا قبل مؤجلاً ، وأما اذا قبل حالاً فيبيع بالثمن الوافر مثل : ما اذا باع عيناً .

وأما طريقة مشايخهم :

فليست بشئ ، ويقال لهم : من أين قلتم لما اختص بالدين كان بحتمية الأجل ووجوبه ؟ .

ويدل عليه : الأثمان على أصولهم ،فإنها اختصت بالديون والأجل ليس بشرط .

ثم حقيقة الجواب :

ان السلم بيع دين فاذا أسلم في عين فَلِمَ يعقد السلم ؟ فلا ينعقد السلم ، لأن بيع العين غير ، وبيع الدين غير ونقول : ـ

اذا اعتبر المعاني في العقود لاصور الألفاظ اذا أسلم في عين وأشار اليها يجوز بيعاً فليس لما قالوه معنى ، ويمكن أن يقال انما اختص بالدين ليقبل الأجل ، وما قالوه كان طلب فائدة ، وهذه فائدة .

وقد قال بعضهم : لما شرط قبض رأس المال وهو أقصى مراتب الأعيان فيشترط

تأجيل المسلم فيه ليكون على أقصى مراتب الديون ، وهذا باطل ، وكيف يصح طلب هذه المقابلة ، وبالاجماع رأس المال يصلح عينا الى ان يحضره ويسلم ، وعلى ان قبض رأس المال شرط للفظ السلم وهو يقتضيه ، وليس في لفظه ما يقتضى تأجيل المسلم فيه فترك على الأصل ، والأصل في الديون الحلول ، والأجل بعارض شرط . والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

السلم في الحيوان عندنا صحيح .[(١)]

وعندهم : باطل .[(٢)]

لنا :

حديث عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ جهز جيشاً فعزّت[(٣)] الابل فأمرنى ان اشترى بعيراً ببعيرين الى أجل ... "[(٤)]

وهذا نص ، وليس لهم تأويل إلاّ الحمل على النسخ فلايجوز إلاّ بدليل قاطع .

---

(١) الأم : ١٠٣/٣ ، المهذب : ٣٩٣/١ ، الروضة : ١٨/٤ ، المنهاج : ١١٠/٢ ، النكت ورقه ١٤٦/ب ، معالم السنن : ٦٥٣/٣ ، الحاوي : ٣٩٩/٥ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٦ ، مختصر القدوري : ٢٨٠/١ ، المبسوط : ١٣١/١٢ ، الاسرار : ١١٢/٢/أ (مراد ملا) البدائع : ٣١٦٦/٧ ، رؤوس المسائل ص ٢٩٩ .

(٣) فعزت : أي قَلّتْ فلا تكاد توجد فهي عزيزة .
انظر : القاموس المحيط مادة (عَزّ) .

(٤) رواه ابو داود في سننه : ٦٥٢/٣ ، ٦٥٣ ، باب في الرخصه في الحيوان بالحيوان نسيئة . والدارقطني في سننه : ٧٠/٣
وأحمد في مسنده : ١٧١/٢ ، ٢١٦ .
والحاكم في المستدرك : ٥٧/٢ وقال : " هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه " .
والبيهقي في سننه : ٢٨٧/٥ ، ٢٨٨ باب بيع الحيوان وغيره ممالاربا فيه .

وروى مثل مذهبنا عن علي [١] وابن عباس [٢] وابن عمر [٣] رضي الله عنهم .

وقد روى ان النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان ...... " [٤]

ورووا ان النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئاً .... " [٥]

والأول : لايثبت [٦] ، ولو ثبت لقلنا به .

---

(١) ذكر ذلك في الأم : ١٠٣/٣ ، النكت ورقه ١٤٧/أ .

(٢) ذكر ذلك في الأم : ١٠٣/٣ ، النكت ورقه ١٤٧/أ .

(٣) المصدرين السابقين .

(٤) رواه الدارقطني في سننه : ٧١/٣ .

والحاكم في المستدرك : ٥٧/٢ ، وقال : " صحيح الاسناد ولم يخرجاه " .

وفي اسناده " اسحاق بن ابراهيم بن جوتي " قال فيه ابن حبان : " منكر الحديث جدا يأتي عن الثقات بالموضوعات ، لايحل كتب حديثه الا على جهة التعجب ... " ا . هـ المجروحين : ١٣٧/١ ، ١٣٨ .

(٥) رواه الدارقطني في سننه : ٧١/٣ .

وأبو داود في سننه : ٦٥٢/٣ مع المعالم ، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

وابن ماجة في سننه : ٧٦٣/٢ ، باب الحيوان بالحيوان نسيئة .

والنسائي في سننه : ٢٥٧/٧ ، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

والدارمي في سننه : ٢٠٤/٢ ، باب في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان .

والترمذي في سننه : ٢٤٦/٥ مع العارضة ، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقال : " هذا حديث حسن صحيح " .

(٦) انظر : حاشية (٤) .

وقيل : انه رواية عبد الملك [١] الذماري [٢] ولايعرف ، وقد حمل على السلم في حبل الحبلة [٣] وقد كانوا يعتادون ذلك .

والخبر الثاني : حمل على النسأ من الجانبين . [٤]

والجملة ان الاخبار وأقوال الصحابة فيها تتعارض فنصير الى القياس فنقول : أسلم في مضبوط وصفه مقدور على تسليمه أو مبيع معلوم مقدور على تسليمه فيجوز كما لو باع عينا ، والتعليل لما اذا باع ديناً ، ولاخلاف في هذه الجملة انها اذا وجدت صح السلم .

وإنما الكلام في اثباته فنقول : المعتبر في إعلام المسلم فيه هو الأوصاف الظاهرة التي يتيسر معها التسليم لاتساع وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف ، وأما الأوصاف الباطنة في الحيوان ، وما سبق ذكره ، ونفي الحرج في / ١١٧/ب اعتباره فساقط وانما اسقطنا ذلك ، لأن الأوصاف الباطنه في الحيوان لايوقف عليها بالنظر والعيان فضلاً عن الوصف ومع ذلك يجوز بيع الحيوان عيناً ، ومايسقط في بيع العين فهو ساقط في بيع الدين ، ولأن المقصود من ذكر الأوصاف وجود سهولة التسليم فيما يؤدي اعتباره وذكره الى الحرج يسقط ولم يعتبر ، لأن الله تعالى اسقط الحرج في العبادات فكيف في المعاملات ؟ .

والدليل على هذا الأصل الذي ادعيناه صحة السلم في الثياب فان دقائــــــق

---

(١) عبد الملك بن عبد الرحمن الذماري الأبناوي صدوق وكان يصحف ، روى له أبو داود والنسائي ، انظر : التقريب ص ٢١٩ .

(٢) في المخطوط (النهاوندي) والتصويب من سنن الدارقطني والمستدرك للحاكم .

(٣) في حاشية المخطوط (حبل الحبلة) نتاج النتاج .

(٤) قاله الخطابي في المعالم : ٣/٦٥٣ .

صفاتها خصوصاً في الديباج المنقشة لايأتي عليها الذكر ، ولهذا المعنى عُدّ من ذوات القيم في الإتلاف ولم يعد من المثليات ولكن اعتبر الصفات الظاهرة التي نذكرها يسهل وجود المسلم فيه وتيسير تسليمه ، وما كان اعتباره يؤدي الى الحرج فانه يسقط ، كذلك هاهنا .

واذا تمهدت هذه القاعدة فنقول :

الحيوان له صفات ولتلك الصفات آسامي في فنون اللغات وهي أسامي معلومة دالة على معاني مفهومة فاذا ذكرت تلك الأسامي فهمت تلك الصفات والمعاني، فصار الموصوف متيسر الوجود وامكن فيه التسليم فالتحق بالعين القائمة الموجودة في أمر جواز العقد عليه وتعيّن صورة ليصير ما أجملناه مفهوماً فنقول :

الحيوان مشتمل على أجناس فاذا ذكر البعير صار معلوم الجنس ثم هو مشتمل على أنواع فاذا قال : بختي صار معلوم النوع ثم هو يشتمل على أسنان فاذا قال : حقة أو بنت مخاض صار معلوم السن ثم هو يشتمل على ألوان فاذا قال : أحمر أو أسود أو أورق صار معلوم اللون ثم هو يشتمل على أنساب معلومة فيما بين أهلها فاذا قال : من تجار كذا صار معلوم الأصل ثم هو يشتمل على صفات من السمن والهزال والوسط ، فإذا قال : سمين أو مهزول لصار معلوم هذا الوصف فلا يبقى له بعد ذلك الا ما هو ساقط اعتباره .

وأما حجتهم :

قالوا : { أسلم في مختلف فلايجوز ، كما لو أسلم في اللآلئ والجواهر ، وكالسلم في الخلفات والأكارع والرؤوس } [١] والجلود .

---

(١) ما بين القوسين من الاسرار : ٢/١١٢/ب (مراد ملا) .

ودليل الوصف أن الحيوان مختلف حكماً وحقيقة : ـ

فأما الحكم : فإنه لايضمن بالمثل ، وإنما لم يضمن بالمثل لاختلافه .

وأما الحقيقة : فلأن للحيوان صفات لايأتي عليها الذكر ، وتختلف المالية بها من الكياسة والهداية والملاحة والأمانة وخفة الروح وحسن الخلق وغير ذلك في العبيد ، وكذا في سائر الحيوانات من الابل والخيل فان طباعها واخلاقها في غاية الاختلاف وان كان من جنس واحد ولايتصور ان يأتي عليها الذكر ، وعلى انه اذا استقصى في وصفه يصير عديم النظير عزيز الوجود والمسلم فيه ينبغي أن يكون سهل الوجود كثير الأمثال حتى يجوز باعتباره عقد السلم .

يبينه : انه اذا اختلف المسلم فيه هذا الإختلاف فيقع المتعاقدان في منازعة عظيمة لاتنقطع ، لأن هذا يطلب الأعلى وذاك يبذل الأدنى ولايهتدي القاضي الى الفصل بينهما ، لأنه ليس الأخذ بقول احدهما بأولى من الأخذ بقول الآخر ، والوصف المذكور شامل على مايطلب هذا ويبذله الآخر فقد تمكنت جهات مؤدية الى المنازعة في هذا العقد فيفسد به العقد .

قالوا : وخرج على هذا اذا باع الحيوان عينا ، لأنه وان وجد فيه صفات لايأتي عليها علم المتعاقدين لكن هذه الجهالة لاتمنع جواز العقد ، لأن الجهالة لعينها لاتفسد العقود ، وانما يفسد العقد ، لأنها تفضي الى المنازعة بين المتعاقدين من غير دليل على ترجيح قول احدهما ، وهذا المعنى يوجد اذا باع الحيوان دينا فاما اذا باع عيناً فلايوجد ذلك ، لأنه يسلم ما عيّنه بالعقد فلا يبالي بالجهالة .

قالوا : وأما الثياب فانما جاز السلم فيها بشرط الإستقصاء في وصفها واذا استقصى في وصفها لايبقى بعد ذلك إلاّ مالايبالي به ولايصير عديم النظير، لأنه من صنعة العباد وصنعتهم بآلة واحدة فيخرج الشئ من صنعتهم على صفة واحدة ، وهذا لأنه احتراف والمحترف يعمل الأشياء على نهج واحد .

وأما الحيوان من صنع الرب عزّ اسمه وهو تعالى يخلق الأشياء بلا آلة ولا لزوم طريق ومنهاج بل على ما يريده ويختاره ، واذا خلق حيواناً على صفة بمشيئة لاندري انه شاء خلق هذا الحيوان من ذلك الجنس على صفة الأول ، بل نقطع على الإختلاف ، / لأن اظهار القدرة في خلق المختلف أكثر ١١٨/أ وهي فيه أبين فاذا استقصى في وصف الحيوان فلاشك انه يصير عديم النظير ، واذا لم يستقص بقى مختلفاً مجهولاً فصار العقد متردد بين طرفي الفساد فلم يتصور جوازه .

وقال أبو زيد [١] أيضاً :

الأشياء على ثلاثة أنواع متماثل كالمكيل والموزون ، ومتفاوت كالحيوانات ، ومتقارب على معنى انه يقرب من المتماثل وهي الثياب ، وبيان القرب ان الوصف يأتي على عامة صفات الثياب ولايبقى إلاّ اليسير الذي لايعتبر ، بخلاف الحيوان فانه متفاوت بكل حال .

قالوا : وأما ثبوت الحيوان صداقاً في الذمة فليس لمكان وجود العلم بالوصف فان عندي يثبت الصداق في الذمة مجهولاً .

فانه وان لم يصف العبد اذا تزوج على عبد ثبت الوسط منه صداقاً ، وكذلك في الثوب الهروي والمروي إلاّ انه اذا ذكر الحيوان أو الثوب تفاحش الجهالة فلايحتمل ، واذا ذكر العبد أو الثوب الهروي تقل الجهالة ، لأن في الصورة الأولى المذكور يشتمل على أجناس مختلفة بخلاف الصورة الثانيه .

وأما ثبوت المجهول صداقاً ، فليس هذه المسألة ، انما هي مسألة أخرى

---

(١) انظر : الاسرار : ١١٣/٢/أ (مراد ملا) .

تعرف في ربع النكاح في الأوساط [١]، وهذا لأن المال تبع في النكاح فالاختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يجوز أن يعرض عنه من وجه .

وأما في البيع فالمال أصل فيه فالإختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يكون مانعاً من جوازه .

وقد قال كثير من مشايخهم : ان الحيوان لايثبت في الذمة بدلاً عن ما هو مال بدليل ما لو ضرب بطن أمةٍ فألقت جنيناً لايجب الحيوان ، واذا ضرب بطن حرة فألقت جنيناً يجب الحيوان وهو الغرة ، وههنا لو ثبت ثبت بدلاً عما هو مالٍ فلم يجز .

الجواب :

قولهم : " انه اسلم في مختلف " .

قلنا : نعم ، قبل الوصف ، فأما بعد الوصف فلا ، وهو كالثوب .

وقولهم : " ان الحيوان لايصير معلوماً بالوصف ، قد بينا انه يصير معلوماً .

وأما الحكم الذي تعلقوا به ، فيبطل بالثوب فانه من ذوات القيمة ويجوز السلم فيه ، وعلى ان في ضمان المتلف يعتبر أقصى الوصف ، ولهذا المعنى لو اتلف حنطة جيدة فأتى بما ينطلق عليه اسم الجيد لايجبر على القبول ما لم يكن موافقاً للمتلف في صفة الجودة ، بخلاف السلم فإنه لو أسلم في جيد فأتى ما ينطلق عليه اسم الجيد يجبر على قبوله ، والمعروف في المعنى ان ضمان الإتلاف ضمان جبر ولايقع الجبر إلاّ بعد الإتفاق من كل وجه وهذا واجب بالعقد فيعتبر وجود الخروج عن المشروط فحسب وبالأدنى يوجد الخروج عن المشروط .

---

(١) الاوساط : كتاب للمؤلف في مسائل الخلاف .

وأمـا الذي ادّعـوا انه حقـيـقـة فـقـد ذكـرنا ان تلك الصـفـات التي لا يأتي عليـهـا الذكر غير معتبرة ، وفيما قلناه جواب عن كلامهم .

وأما تعلقهم بحصول المنازعة بين المتعاقدين ، فليس بشئ ، لأن الصفات المذكـورة منزلة على أوائل الدرجـات فـسـقطت المنازعـة ، وهذا كـالمنازعـة بين المتـعـاقدين في الجيـد والجيد لايعـتـبر واذا جاء بما ينطلق عليـه اسم الجيـد وجب القبول .

وأما التعلق بالثياب ، فقوى جداً .

والذي قالوا : ان الاستقصاء شرط .

قلنا : الأولى ان يعتبر في ذكر الأوصاف التي تسهل الوجود وأن لايعتبر الإستـقـصـاء ، لأنه يصر في الموضعين عـزيز الوجـود ، والمعـتـبر أن يكون واسع الوجود .

والذي قالوا : ان الثوب من صنعة العباد ، والحيوان من صنعة الباري .

قلنا : فـإذاً مـا قـالوه على العكس أولى لسعـة قدرة البـاري تعـالى ولضيق قدرة الخلق .

وأما الذي قالوا : ان الثياب تقرب من المتماثل " .

مجرد دعوى ، ويقال ان كان كذلك وجب ان يجب المثل في الإتلاف كالعدديات المتقاربة .

وأما كلامهم على الصداق .

فضعيف لكنا نعتمد في الشبه باعتبار الحيوان بالثياب وهو الأولى فان المبالغة في التعلق بالصداق يرجع الى مسألة أخرى غير هذه المسألة كما قالوا .

واما الذي قالوا : من اللآلئ والجواهر .

فهي مختلفة جدا ، وهذا لأن قيمتها بصفائها ونورها ، وليس لدرجاتها أسامي

يأتي عليها الذكر ، ولهذا لاتثبت في الذمة صداقاً واذا ذكر ذلك في الصداق وجب مهر المثل بخلاف مسألتنا ، والصداق في هذا الموضع حسن للتعلق به .

أما الخلفات ، فاذا قلنا ان الحمل يُعرف يجوز السلم فيها ، وعلى ان/ ١١٨/ب عدم الجواز كان لعزة الوجود فان الحوامل وان اتسع وجودها في الحيوانات لكن حامل على الوصف المذكور يعز وجوده .

وأما الأركاع والرؤوس والجلود فنقول :

ان ضبط بالوصف جاز وإلاّ فلا .

والكلام الذي تعلق مشايخهم :

فليس تحته طائل ، وانما صرنا في جنين الحرة الى الحيوان بالنص ، ولولاه لم نصر اليه على ان المضمون عندكم الدم في الجناية على الرقيق فكيف يقال وجب في مقابلة ما هو مال في المسألة المستشهد بها وهي اذا ضرب بطن أمة فالقت جنيناً ميتاً ؟، وعلى انه يبطل الأصل الذي قالوه بمسألة نصّوا عليها وهي اذا اعتق أحد الشركين العبد وهو موسر فصالحه الشريك الثاني على حيوان في الذمة يجوز ، وان كان بدلاً عن ما هو مال ، لأن حقه المال فانه صالح عن نصبه وهو مال ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وبه الحول والقوة .

﴿ كتاب الرهن ﴾

مسألة :

رهن المشاع عندنا صحيح .[(١)]

وعندهم : باطل .[(٢)]

لنــا :

ان المشاع والمفرز واحد في موجب عقد الرهن فكانا سواء في قبول عقد الرهن فنقول : ما تحقق فيه موجب عقد الرهن صح فيه الرهن كالمفرز ، وانما قلنا ذلك لأن موجب عقد الرهن هو تعليق الدين بالعين على معنى تعيينه لاستيفاء الدين منه فكل مال امكن تعلق الدين به على هذا المعنى يصح رهنه .

وهذا أصل مطرد فان ما يقبل موجب البيع يكون محل البيع وما يقبل موجب الهبة يكون محل الهبة ، كذلك هاهنا ما يقبل موجب الرهن يكون محل الرهن ، ثم الدليل على ان موجب عقد الرهن ما قلناه ان عقد الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء .

---

(١) الأم : ١٦٨/٣ ، مختصر المزني مع الام : ٢١٠/٢ ، المهذب : ٤٠٧/١ ، الروضة : ٣٩/٤ ، المنهاج مع المغني : ١٢٢/٢ ، النكت ورقه ١٤٩/ب ، الحاوي : ٢١٨/٦.
وهو قول مالك وأحمد .
انظر : الاشراف للبغدادي : ٢/٢ ، قوانين الاحكام ص ٣٥١ ، أحكام القرآن لابن العربي : ٢٦١/١ ، الافصاح : ٣٦٧/١ ، المغني : ٤٥٦/٦ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٢ ، مختصر القدوري :٢٩٤/١ ، المبسوط : ٦٩/٢١ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٥٢/١٠ ، رؤوس المسائل ص ٣٠١ أحكام القرآن للجصاص : ٥٢٤/١.

ألا ترى انه لايصح الرهن إلاّ في عين تحقق منها استيفاء الدين .

وحقيقة الوثيقة ثبوت زيادة حق من جنس ما كان ثابتاً من قبل زيادة عليه ، ألا ترى ان الكفالة لما كانت وثيقة لجانب الوجوب كانت حقيقتها ثبوت زيادة حق من جنس ما كان ثابتاً من قبل زيادة عليه ، والثابت في جانب الوجوب حق في ذمة مَنْ عليه ثم ازداد هذا الحق بثبوت حق من جنسه في ذمة الكفيل كذا في مسألتنا والثابت له في جانب الإستيفاء هو المطالبة ليصل اليه عين حقه فوجب ان يكون حقيقة الوثيقة في هذا الجانب ثبوت زيادة من جنس حقه ليصل بها الى عين حقه زيادة على ما كان من قبل وليس إلاّ المطالبة بايفاء الدين من عين مخصوصة لم تكن من قبل وهو عين الرهن .

ووجيز العبارة عن ما قلناه ان موجب عقد الكفالة ثبوت واجب على واجب ليتأكد به الواجب الأول ، كذلك موجب الرهن زيادة مطالبة على مطالبة ليتأكد بها الأول ففي الكفالة كان يجب في ذمة واحدة ، والآن يجب في ذمتين ، وفي الرهن كان يطالب بالإبقاء على الإطلاق والآن يطالب كذلك ، ويطالب أيضاً بالإيفاء من عين مخصوصة .

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول : المشاع والمغرز في هذا المعنى سواء فوجب أن يكون جواز العقد عليها على السواء .

ونستدل من حيث الحكم بما اذا رهن عيناً من رجلين فانه يجوز ، ومعلوم انه في هذه الصورة قد رهن من كل واحد منهما النصف ، كما لو باع عيناً من رجلين يجوز ، ومعلوم انه في هذه الصورة باع من كلٍ منهما النصف فيتحقق رهن المشاع في هذه الصورة وقد حكموا بصحته .

يبينه : انه لافرق في المعنى ان تقول : رهنتُ العبد منكما ، وبين أن تقول : رهنت العبد منكما النصف من هذا والنصف من هذا ، وقد حكموا بصحة العقد

في الصورة الأولى ، وبطلانه في الصورة الثانية مع استوائهما معنى ، فهو مناقضة .
يدل على ما ذكرنا ان حقيقة الإستيفاء في المشاع صحيح ، وكذلك وثيقة الإستيفاء فانه لو كان على انسان خمسمائة درهم فدفع ألفاً إليه لتكون خمسمائة عن حقه ، وخمسمائة عن قراض أو وديعة فانه يجوز .

/ وأما حجتهم : ١١٩/أ

قالوا : موجب عقد الرهن ملك اليد ، وربما يقولون حبس دائم ، والدليل عليه ان الرهن في اللغة مأخوذ من الحبس [(١)] ، قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ .... ﴾ [(٢)] اي محتبسة بعملها .

قال الشاعر : [(٣)]

وفارقتُـــكِ برهنٍ لا فِكَاكَ له   يوم الوداع فأمسى الرهن قد غَلِقاَ

فسمى احتباس القلب بالحب رهناً ، واذا ثبت انه مأخوذ من الحبس فكان حكمه الحبس ، لأن اسامي العقود دالة على أحكام العقود .
ألا ترى ان اسم الكفالة مأخوذ من الضم ، والحوالة من التحويل ، والصرف من تبديل اليد باليد ، فكان احكام هذه العقود ما تقتضيها آساميها ، كذلك هاهنا ، وهذا فصل يعتمدونه .

قالوا : ولأن الرهن وثيقة .. هي لجانب الإستيفاء فكان الثابت به من جنس

---

(١) مادة (رهن) المصباح المنير .

(٢) سورة المدثر آية (٣٨) .

(٣) هذا البيت لزهير بن أبي سلمى . انظر : ديوانه ص ٦٣ .

ما ثبت بحقيقة الاستيفاء كالكفالة .

وربما يقولون كان الثابت له بعض ما ثبت بحقيقة الإستيفاء .

وبيان هذا : ان في الكفالة يكون الثابت بعض ما يثبت بحقيقة الوجوب وهو المطالبة لاحقيقة الوجوب ، فان الثابت في الأصل دين في ذمته يطالب به فبالكفالة تثبت المطالبة دون الوجوب ، لأن الواجب في ذمة لايثبت في ذمة أخرى والشئ الواحد لايكون له محلان كذا بالرهن يثبت بعض ما يثبت بحقيقة الإستيفاء ، والثابت بحقيقة الإستيفاء ملك العين وملك اليد ، فثبت به بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء وهو ملك اليد .

وربما يقولون : من جنس ما ثبت بحقيقة الإستيفاء كالكفالة ، فان بالكفالة يثبت وجوب من جنس ذلك الوجوب ، كذلك هاهنا يثبت استيفاء من جنس ذلك الإستيفاء إلاّ انه لايمكن اثبات ملك العين ، لأنه يكون حينئذ حقيقة الإستيفاء فاثبتنا ملك اليد ليكون الثابت بالرهن من جنس ما يثبت بحقيقة الإستيفاء من هذا الوجه .

قالوا : وأما قولكم : " ان موجبه تعليق الدين بالعين " .

فهذا لايعرف .

وأما التفسير الذي قلتم ، فلايجوز أن يكون موجب الرهن في الأصل ، لأن موجب العقد ما يتعقب العقد كما يكون في سائر العقود والذي يتعقب العقد هو الحبس .

وأما الذي قلتم انه موجب العقد ، فلايتعقب العقد وانما يظهر بعد مدة ، ولأن العاقد يثبت بالعقد للغير ما كان ثابتاً له والثابت له ملك اليد ، فأما تعليق الدين بالعين أو استيفاء الدين من العين ما كان ثابتاً له حتى يثبت للمرتهن بالعقد .

قالوا : وقد دل على هذا الأصل الذي ادعيناه قوله تعالى ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ (١) .

وهذا مثل قولهم : " هبة مملوكة ومبيع مملوك ، دل أنه موجب .

وقالوا : ولايحمل هذا على القبض الأول ، لأنا قد استفدنا هذا بقوله : « فَرِهَانٌ » (٢) ، لأن الرهن لايكون رهناً إلا بالقبض فقوله : « مقبوضة » لبيان أن اليد موجب العقد ابتداءً .

قالوا : ولايجوز أن يقال إذا قلتم إن موجبه إذا كان ملك اليد فأيش فائدته؟ .

قالوا : فائدته ثبوت الإستيفاء حكماً إن هلك أو حقيقة الإستيفاء إن لم يهلك ويبقى (٣) فصار الثابت بالرهن وثيقة إستيفاء يوصل إلى حقيقة الإستيفاء.

وقال بعضهم : فائدة حصول الأمر عن هلاك الدين بالجحود .

قالوا : وهذا معتاد ، لأن الإنسان إنما يأخذ الرهن إذا خاف الجحد .

يدل عليه : إن الله تعالى أقام الرهن مقام الشهادة بقوله تعالى : ﴿ ولَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ (٤) والشهادة وثيقة الأمن بها عن جحود الدين كذلك ههنا إلا أنه مع هذا لايجوز رهن المدبر وأم الولد ، لأنه وثيقة لحصول الأمن ويفضي بها إلى حقيقة الإستيفاء، لأنه لما كان وثيقة لجانب الإستيفاء فلابد

---

(١) ، (٢) سورة البقرة آية (٢٨٣) جزء من آية .

(٣) كذا في المخطوط .

(٤) سورة البقرة آية (٢٨٣) .

وان يفضي الى حقيقة الإستيفاء ، وذلك لايوجد الآ في الثمن .

وإذا ثبت هذا الأصل الذي قدمنا فلا يجوز الرهن في المشاع ، لأن المشاع لايكون محلاً بنفسه لحقيقة اليد انما يتصور قبضه بغيره اما بنفسه فلا ، والرهن معقود لليد فلا يصح الآ في محل يتصور فيه بنفسه حقيقة اليد ، فأما إذا لم يتصور فلا يصح العقد لأن مالايكون محلاً لموجب العقد بنفسه لايكون محلاً للعقد .

وخرج على هذا القبض في الهبة في مشاع لايحتمل القسمة لأن موجب العقد هناك الملك لا اليد ، وكذا في البيع .

وأما / القبض في الهبة متمم للعقد ، وفي البيع مؤكد للعقد ١١٩/ب

فاعتبر تصور وجود القبض في الجملة ، والمشاع قد تصور قبضه في الجملة بقبض الكل .

وأما في مسألتنا فاليد موجب العقد فتعتبر في صحته ان يكون المحل قابلاً للموجب بنفسه ، وصار نظير مسألتنا النكاح فانه لاينعقد في المشاع ، لأنه لايكون محلاً للحل بنفسه بحال .

وحرروا وقالوا : عقد أضيف الى محل لايقبل موجبه فلاينعقد فيه .

دليله : النكاح الآ ان في النكاح يجعل نكاح بعض المرأة كنكاح الكل بدليل قام لنا فيه ، وهاهنا لانجعل ذلك لعدم الدليل .

وأما الموضعان فاستويا في ان المشاع لم يكن محلاً لواحد منهما .

قالوا : وخرج على ما قلناه حقيقة الإستيفاء في المشاع فان موجب حقيقة الإستيفاء هو الملك ، والمشاع محل الملك بنفسه ، وموجب الرهن ههنا اليد، وقد بيّنا ان المشاع لايقبله بنفسه .

قالوا : وليس يلزم على الأصل الذي قلناه إذا رهن من رجلين لانه

لايجوز في المشاع وانما يجوز في الكل ويصير من حيث الحكم كأنه رهن من كل واحد منهما جميع المحل ، ولهذا نقول :

لو قضى دين احدهما فللآخر ان يمسك جميعه رهناً ، وهذا لأن العقد واحد وقد ورد على محل يقبل موجبه فيصح لهذا وفي مسألتنا قد ورد على محل لايقبل موجبه .

قالوا : وان عبّرنا عن الموجب بالحبس الدائم فهناك الحبس دائم لكل واحد من المرتهنين ، لأن كل واحد منهما ممسك في يومه لنفسه ولصاحبه نيابة عنه ، وفي مسألتنا لايمكن التقدير لأن المالك لايجوز أن يقال انه يمسك لنفسه وبالنيابة عن المرتهن ، لأن من حقه بالملك لايكون نائباً عن أحد ، ولهذا في الابتداء لو تواضعا على أن يكون الرهن عند أحد المرتهنين يجوز ، ولو تواضعا على أن يكون عند الراهن لايجوز .

قالوا : ولايدخل على هذا إذا اعار المرتهن من الراهن ، لأنا نعني بالحبس الدائم استحقاق الحبس ، وفي صورة الإعارة الإستحقاق قائم ، الا ترى انه يسترد متى شاء بخلاف مسألتنا ، فان الراهن إذا استرد ليمسك المرهون في يومه يبطل استحقاق المرتهن حتى لايجوز له ان يسترده .

وربما يقولون : في الحبس اضجار الراهن ومبادرته الى قضاء الدين ، وهذا مقصود في العادات .

قالوا : وأما الإشاعة الطارئة فعندنا يفسد عقد الرهن واستقروا على منع هذا.

الجواب :

أما قولهم : " ان موجب عقد الرهن ملك اليد أو الحبس " .

قلنا : " قد بينا الموجب ، ودللنا عليه .

وأما ما تعلقوا به من اللغة فقد قال الفراء : [١]

هو من الدوام والثبوت يقال لكل شئ دام وثبت فقد رهن ، ويقال : ماء راهن أي دائم ، ومنه الحالة الراهنة لثبوتها .

وقال ابن عروة [٢] : " الرهن في كلام العرب هو الشئ الملزوم " [٣]

ونحن نقول : ان الرهن ملزوم فيه الحق ، وقوله تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [٤] أي ملزومة فإذا كان مأخوذاً من الدوام واللزوم فالحق الذي ذكرناه عندنا دائم ثابت لازم فلم يبق لهم في الإشتقاق حجة على أنا وان سلمنا انه مأخوذ من الحبس فالحكم الشرعي للعقد لايجوز ان يؤخذ من قضية اللغة فالشرعي انما يؤخذ من دليل الشرع ، لأن دليل الشرع أقوى من قضية اللغة ، وقد اقمنا الدليل على ما قلنا فصار ما قلناه أولى .

وأما قولهم : " ان الرهن وثيقة لجانب الإستيفاء " .

قلنا : مسلم ، ولكنا الوثيقة فيما قلنا لافيما قلتم .

وأما قولهم : " وجب ان يكون الثابت به بعض ما يثبت بحقيقة الإستيفاء " .

قلنا : فلا تكون وثيقة إذاً ، لأن وثيقة الشئ غيره فينبغي أن تكون وثيقة الإستيفاء غير الإستيفاء حتى تكون وثيقة له، فإذا كان بعض الإستيفاء

---

(١) انظر : اللسان مادة (رهن) .

(٢) كذا في المخطوط ، وفي اللسان (ابن عرفة) انظر مادة (رهن) .

(٣) في اللسان (الشئ الملزم) .

(٤) سورة المدثر آية (٣٨) .

يكون عينه وإذا كان عينه فلا يكون وثيقة له .

وقولهم : " وجب ان يكون من جنس ما يثبت بحقيقة الإستيفاء " .

قلنا : الثابت بحقيقة الإستيفاء هو الملك ، والوثيقة لاتكون من جنس الملك ، ونقول أيضاً الثابت بحقيقة الإستيفاء ملك العين وملك اليد ثمرته فلا تكون من جنس ملك العين ، وان قلتم صورة يد الرهن مثل صورة الملك ، فالصورة توجد في سائر الأيدي وليست من جنس يد الملك .

والحرف أن يقال لهم : أيش هذه اليد ؟ فان قالوا : وثيقة ، يقال لهم أين الوثيقة في هذه الصورة ؟ فان قالوا : وثيقة الأمن من الجحود .

قلنا : هذا وثيقة لظرف الوجوب ، لأن الجحود ينفي الوجوب والرهن وثيقة لجانب الإستيفاء ، فأيّ وثيقة فيه للإستيفاء ؟ فإن / قالوا : ١٢٠/أ ليستوفى عينه بحقه ، فبالإجماع لايجوز .

وان قالوا : ليستوفى حقه من ماله فهو الذي قلناه .

وعندي انه لايمكنهم بيان وثيقة ما لجانب الإستيفاء إذا جعلوا موجب الرهن ملك اليد فافهمه ، فإنه معتمد مسكت .

وأما فصل الكفالة فقد جعلناه دليلاً عليهم .

وقولهم : انه يثبت المطالبة " .

قلنا : بلى ، ولكن بعد الوجوب في ذمة الكفيل ، لأنه لايتصور مطالبة الإ بعد تقدم وجوب .

فإن قالوا : كيف يتصور وجوب دين واحد في ذمتين ؟

قلنا : يتصور على معنى انه يجعل الدين كدينين حكماً لوجوبه في ذمتين ، ولهذا المعنى على أصلهم يمنع وجوب الزكاة على الكفيل كما يمنع وجوبها على الأصيل .

وإذا ثبت الوجوب فإذا كانت الوثيقة في الكفالة بزيادة حق الوجوب فليكن الوثيقة في الرهن بزيادة حق الإستيفاء ، وعلى انا نقول ان سلم لكم ان موجب الرهن هو ملك اليد أو الحبس تسليم جدل ، فلم قلتم انه لايجوز في المشاع ؟ .

وقولهم : " ان المشاع لايصح فيه القبض بنفسه " .

قلنا : قبض المشاع متصور ، لأن قبضه بقبض الكل ، الا ترى ان البيع والهبة صلحت اليد في المشاع متمماً للهبة ومؤكداً له فصلحت ههنا أيضاً حكماً للعقد وموجباً له ، وهذا لأن القبوض في الاشياء انما تتحقق على ما يتصور ويمكن ان يقال ان القبوض في الأشياء على العادات ، ثم يقال لهم : ان الحبس وان زال عن المشاع حساً ولكنه باقٍ حكماً ، لأن المالك والمرتهن إذا تهايئا في الحبس فانما يحبس المالك جميع العين في يومه في مقابلة ما حبس المرتهن جميعه في يومه فقد حبس إذاً كل واحد منهما النصف الذي لم يستحق حبسه ، لأن صاحبه حبس نصفه الذي كان حقاً له ، وإذا تحققت المقابلة من هذا الوجه فكان كل واحد منهما حابساً نصفه الذي هو حقه على الدوام مثل مالو تهايئا الشريكان في منفعة العين المشتركة يصير كل واحد منهما كأنه انتفع بنصفه الذي هو حق له على الدوام ولاتجعل معاوضة كأن كل واحد منهما انتفع بنصيب صاحبه عوضاً عن نصيب صاحبه على الدوام ، كذلك ههنا لايجعل كأن يد كل واحد منهما انقطع في يوم ووجد في يوم بل جعل كل واحد منهما ممسكاً نصف حقه على الدوام ، وهذا جواب في الجدال معتمد .

وأما الدي ذكروه أخيراً من التعلق بالأمن عن الجحود .

فد أجبنا وأيضا فان هذه الوثيقة بالشهادة توجد ، فأما الرهن فهو وثيقة على الجهة التي قدمناها لاغير .

وأما مسألة الرهن من الرجلين في نهاية اللزوم ، والذي قالوا : انه راهــن من كل منهما على الكمال فهو طلب محال ، ولو جاز مثل هذا مقارناً جاز على التـعـاقب والتـوالي ، ولأن الرهن حق ملك فكما لاتتـصـور حـقـيـقـة الملك على مازعموا لايتصور حق الملك أيضاً . والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

للراهن أن ينتفع بالمرهون عندنا .[١]

وعندهم : لاينتفع به أصلاً .[٢]

وانما يطلق للراهن عندنا منفعة لاتخل بحق المرتهن مثل خدمة العبيد وسكن الدار وما أشبه ذلك .[٣]

وعندهم : لاينتفع .[٤]

لنا :

ان المنافع على ملك الراهن واستيفاؤه اياها لايوجب تفويت حق المرتهن ولا ادخال نقص فيه فلا يمنع من استيفائها وهذا مستغن عن الأصل وان ارادوا أصلا له فهو منزلة تزويج الجارية المرهونة ، وكذلك علف الدابة المرهونة وسقيه اياها لما كان تصرفاً لايوجب تفويت حق المرتهن ولا ادخال نقص فيه لم يمنع منه .

---

(١) الأم : ١٤٥/٣ ، المهذب : ٤١١/١ ، النكت ورقة ١٥٠/أ ، المنهاج : ١٣١/١ مع المغني ، روضة الطالبين : ٧٩/٤ ، التهذيب : ٩٨/٢/أ ، الحاوي : ٢٠٦/٦ .

(٢) المبسوط : ١٠٦/٢١ ، البدائع : ٣٧٤٠/٨ ، اللباب للمنبجي : ٥٣٣/٢ ، رؤوس المسائل ص ٣٠٦ .
وهو قول مالك ، وأحمد . انظر الاشراف للبغدادي : ٧/٢ ، قوانين الأحكام ص ٣٥٢ المغني : ٥١١/٦ ، ٥١٥ ، الافصاح : ٣٦٨/١ .

(٣) المهذب : ٤١١/١ .

(٤) المبسوط : ١٠٦/٢١ .

وإنما قلنا : " ان المنافع على ملكه " ، لأن ملك الأصل سبب لملك المنافع ولم يوجد مايزيل ملكه عنها .

وأما قولنا : " انه لايوجب استيفاؤه نقصاً في حق المرتهن ولاتفويتاً ، فلأن موجب عقد الرهن هو تعلق الدين بالعين استيفاء على الوجه الذي بينا ، وهذا المعنى لايمس المنافع فاستيفاؤها لايمسه أيضاً ، فلم يفت بالإستيفاء حق المرتهن ولا دَخلهَ نقص فاطلق له ذلك لملكه اياها ، لأن الملك سبب مطلق لاستيفاء ما تناوله الملك والتصرف فيه .

وأما حجتهم :

قالوا : موجب عقد الرهن ملك اليد ، واستيفاء المنافع لايكون الأ باليد فصار الإستيفاء لمنافع المرهون مفوتاً حق المرتهن فلايمكن منه .

والدليل على / ان موجب عقد الرهن ملك اليد ما سبق في المسألة ١٢٠/ب الأولى ، ولأن المرتهن احق بامساك العين من الراهن إذا مضت مدة الإنتفاع ، وكذلك في كل عين لاينتفع بها الأ باستهلاكها مثل المكيل والموزون فلولا ان اليدَ حقُّه لم يكن أولى بالامساك من الراهن ، لأن المالك أولى بحفظ ملكه من كل أحد ، ولأن اليد معتبرة في الابتداء على انها موجب للعقد لا على انها متممة للعقد ، لأنه غير محتاج في تمامه الى القبض على ما يوجبه مذهبكم فان تعلق الدين بالعين كتعلقه بالذمة ثم تعلقه بذمة الكفيل يثبت بنفس العقد من غير قبض شئ ، كذلك في الراهن وجب أن يكون كذلك وحين وجب القبض دل انه وجب ، لأنه موجب العقد .

واستدلوا بالمبيع قبل القبض ، لأنه لايجوز للمشتري ان ينتفع به كذا في المرهون ، لأن كل واحد منهما محبوس بعقدٍ لاستيفاء مال .

قالوا : وليس كالأمة المزوجة حيث ينتفع بها السيد ، لأن المنع من الإنتفاع في مسألتنا لأجل يد المرتهن ولايد للزوج وانما له مجرد ملك الإستمتاع ، وليس في استخدام السيد جاريته المزوجة تفويت حق الزوج ولا ادخال نقص فيه فيما يرجع الى ملك الإستمتاع ، وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق .

الجواب :

قولكم : " ان موجب عقد الرهن ملك اليد " .

ليس كذلك ، وقد سبق ان الكلام في موجب عقد الراهن في المسألة الأولى .

وقولهم : " ان المرتهن أحق بالقبض " .

قلنا : هي ، وان لم يكن موجب العقد لكنها موصلة الى الموجب فانه إذا كان المرهون في يد المرتهن بادر الراهن الى ايفاء الدين ، وأيضاً إذا جاء وقت البيع يرفعه المرتهن الى الحاكم حتى يبيعه فالشرع جعل المرتهن أولى باليد من الراهن ، لا انها موجب عقده ، ولكن لأنها وسيلة مفضية الى الموجب ثم انما يكون أولى إذا لم يعود الى ابطال معنى مقصود للراهن ، فأما إذا كان يؤدي الى تفويت مقصود يعرض عن الذريعة والوسيلة وَيُقَدَّمُ المقصود ، لأن اليد وان كانت ذريعة لحقه لكنها ليست هي المقصود ومادون المقصود لايعارض المقصود ، والمنافع هي ثمرات الملك والثمرات مقصودة .

وأما اصل القبض انما اعتبر ، لأن الرهن تبرع في حال الحياة فيعتبر قبض ما تبرع به لتمامه كالهبة ، وليس كالكفالة ، لأنه ليس فيها عين تقبض.

وأما المبيع قبل القبض فالتصرفات كلها في المبيع على القبض ليتم الملك بتمام سببه ثم يكون تصرفه في ملك تام ، وفي مسألتنا ملك الراهن قد كان تاماً ، وانما أوجب حقاً للمرتهن بالرهن ففيما وراء ذلك الحق هو باقٍ للراهن

على تمامه وكماله .

وأمـا المنافع التي يخل استـيفـاؤها بحق المرتهـن مـثل الوطء واللبس في الثـوب فـالعـذر عنه ظاهر بالمعنى الذي ذكـرناه وهو دخـول النقص في حق المرتهن بذلك الإنتفاع وعدم دخوله في الإنتفاع الذي اختلفنا فيه .

والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة ﴾

عتقُ الراهن العبد المرهون باطل في القول المختار للشافعي .[١]

وعندهم : نافذ .[٢]

لنـــا :

انه باعتاقه مسقط حق المرتهن فلم يصح اعتاقه ، كما لو باعه .

فإن قالوا : يصح البيع عندنا فالقياس على البيع اللازم النافذ فانه نظير الإعتاق ، ونقول : تصرف مستفاد بالملك تضمن اسقاط حق المرتهن فلم يصح من الراهن .

دليله : البيع النافذ ، وهذا لأن حق المرتهن حق لازماً شرعاً بدليل ان الراهـــن

---

(١) عند الشافعية ثلاثة أقوال :

القول الأول : انه لايصح عتق الراهن وهو ما ذكره المؤلف .

القول الثاني : انه ينفذ ان كان موسراً ولاينفذ إذا كان معسراً .

القول الثالث : انه ينفذ بكل حال .

انظر : مختصر المزني مع الأم : ٣/١٧٣ ، النكت ورقه ١٥١/أ ، المهذب : ١/٤١٢ مغني المحتاج ٢/١٣٠ ، الروضه : ٤/٧٥ ، التهذيب : ٢/٨٢/ب .

قال الشيرازي في المهذب : " والصحيح انه ان كان موسرا صح وان كان معسراً لم يصح " .

وقال النووي في المنهاج : أظهرها ينفذ من الموسر ... " اهـ ، المنهاج ٢/١٣٠ .

وقال البغوي في التهذيب وهو الأصح .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٣ ، مختصر القدوري : ١/٣٠١ ، المبسوط : ٢١/١٣٥ ، رؤوس المسائل ص ٣٠٥ ، البدائع : ٨/٣٧٩٨ .

لو أراد اسقاطه لايصح اسقاطه ، وكل تصرف يسقط حق المرتهن فهو كصريح الإسقاط ، ثم الدليل على انه بالإعتاق مسقط حق المرتهن ان حق المرتهن حق مالي وهذا مما لا اشكال فيه ولهذا أجرى فيه الإرث والإعتاق اسقاط المالية فصار بالاعتاق مسقطاً كل حق متعلق بالمال ويقال أيضاً المالية مشتملة على كل حقوقها فإذا كان الرهن حق مال ، والعتق اسقاط المالية فكان العتق مسقطاً للمالية بجميع حقوقها .

وقد قيل : ان حق المرتهن متعلق بالعين والعتق محله العين فإذا استويا في المحل فلابد وأن يلاقي العتق حقه بالإسقاط والأول أحسن .

ويدل عليه من حيث الحكم : ان الراهن يضمن قيمة العبد ليكون رهناً عند المرتهن ، وانما يضمن لأنه اسقط حقه بالإعتاق ، ولولا تحقق الإسقاط من قبله لحقه لم يتصور وجوب الضمان / لحقه . ١٢١/أ

فإن قالوا : ان العتق اسقاط الرق لا اسقاط المالية ، وحق المرتهن متعلق بالمالية دون الرق .

قلنا : هذا فاسد ، لأن الرق والمالية واحد .

قالوا : لا ، بل الرق معنى في المحل يصير به المحل محلاً للتملك وهو مثل صفة الحياة في الشخص ، ولهذا لو علق عتق عبده بصفةٍ ، ثم باعه العبد ثم اشتراه تبقى اليمين بالعتق ولو كان العتق محله المالية وببيعه العبد أزال حقه عن المالية وجب أن يرتفع اليمين المتعلقه به .

والجواب :

ان التفريق الذي قالوه باطل ، لأنه يقال لهم هل يقولون ان الرق حق المالك ؟ فإن قالوا : لا ، ينبغي ان لايسقط باعتقاه اسقاط ما هو حقه .

فان قالوا : هو حق المالك فهو المالية إذاً ولا يتصور غيرها .

وأما مسألة اليمين فهي على أصولهم ، وعلى أصح قولي الشافعي تبطل اليمين .

وقال بعض أصحابنا : انه بالرهن حجر على نفسه في التصرفات فصار كالمحجور عليه بالصغر .

وهم يقولون : لم يثبت حجر على نفسه انما أثبت له حقاً والملك باقٍ ثم إذا تصرف ينظر الى عمل الدليل في نفاذه ومنعه .

قالوا : وان قلتم ان الشرع حجر عليه فلابد من دليل أيضاً ، وهذا لأن حق المرتهن لما لم يكن في الملك لايصلح دليلاً للحجر عن التصرف الحاصل في الملك .

وقالوا : في الصبي الأهلية مفقودة على ما عرف من تصرفات الصبي ، والمعتمد ما سبق .

وأما حجتهم :

قالوا : من أهل الإعتاق أضاف العتق الى مملوكه فلا يلغو اعتاقه .

دليله : إذا اعتق عبد المؤاجر أو العبد المبيع قبل القبض والعبد المشترك بينه وبين غيره ، والوصف معلوم مستغن عن الدليل ، وهذا لأن الشئ إذا وجد من اهله في محله لابد أن يحصل ويوجد ويحكم بصحته كالحسيات ، ومنها محسوس ومشروع .

ومعتمدهم : ان محل العتاق هو الملك وهو خالص للراهن لاحق للمرتهن فيه ، وانما حقه الحبس واليد .

وعندكم :حقه استيفاء الدين منه في الثاني فانما تحل العين في الثاني وأما في

الحال فالملك خالص صافٍ للراهن فصار بالإعتاق مسقطاً خالص حقه وانما سقط حق المرتهن حكما ، وهذا مثل العبد المرهون يقتل عبداً آخر للراهن فيقتص منه الراهن فانه يصح وان تضمن اسقاط حق المرتهن لكن قبل هو باستيفاء القصاص غير متصرف في حقه بالإسقاط لكن متصرف في الدم ثم سقط حقه حكماً ، كذلك ههنا .

قالوا : وقولكم : " ان الرهن حق مال " .

بلى ، حق مال ولكنه ملك اليد لاملك العين والعتق محله ملك العين .

وأما وجوب الضمان فيجوز أن يسقط الشئ بتصرفه حكماً ويجب عليه الضمان كما لو اعتق أحد الشريكين نصيبه فانه يعتق نصيب شريكه حكماً ومع ذلك وجب عليه الضمان .

فأما صحة أصل التصرف وفساده ينظر فيه الى مايلاقيه التصرف ، ألا ترى في أحد الشريكين إذا اعتق نصيبه يصح ، وان اعتق نصيب شريكه لايصح وان كان يضمنه باعتاقه نصيبه ، وهذا لأنه قد يضاف الشئ الى مباشر علة العلة كما لو رمى فقتل انساناً أو جرحه ، فان الرمي علة النفوذ والنفوذ علة الاصابة والوصول فأضيف اليه ووجب عليه الضمان لمباشرة علة العلة .

فأما التصرفات الشرعية فانه ينظر فيها لصحتها وفسادها الى أحكامها ولاينظر الى حكم الحكم ليصح أو يفسد ، ألا ترى أن مَنْ اشترى أمة محرّمة عليه بالصهرية أو الرضاع يجوز ، لأن حكمه الملك وقد ثبت والحل حكم الحكم فلم ينظر الى فواته ، وبمثله لو تزوج امرأة محرمة عليه بما ذكرنا لم يجز ، لأنه الحكم اعني الحل ففواته منع صحة النكاح .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المرهون كالخارج عن ملكه ، لأنه كيف يكون كالخارج من ملكه وصحة عقد الرهن بوجود ملكه ، وأما إذا قَبَله فالضمان الذي

يجب ليس بضمان حقيقة ، ألا ترى انه لايخرج عن ملكه ، وكيف يتصور أن يضمن من نفسه لنفسه ، وأيضاً إذا قضى الدين لم يخاطب بالضمان ولو كان الضمان له حقيقة لم يسقط بانفاذ مَنْ عليه لكن يقال له : " اقم مقام الرهن الأول رهناً آخر يوازيه في المالية وانما كان ذلك صيانة لحق المرتهن .

قالوا : وأما البيع فعندنا لايبطل ولو صبر المشتري حتى قضى الراهن الدين نفد بيعه من غير تنفيذ .

والمعتمد لهم على / البيع انه انما لم ينفذ لفقد شريطة البيع وهو ١٢١/ب القدرة على التسليم ، وليس للعتق هذه الشريطة ولا يعتبر له شئ سوى الملك فحسب ، وهذا لأن البيع تمليك فكان القدرة على التسليم شريطة في صحة ليصل المتملك اليه ، والعتق اسقاط والساقط يتلاشى فلا معنى لاعتبار القدرة على التسليم فيه .

قالوا : ولايجوز أن يقال يجب أن ينفذ البيع حتى حكم بوجود قدرته على التسليم ، لأن القدرة شرط ، والشرط يعتبر اقترانه بالسبب ولايجوز ان يصح بوجود الشرط من بعد .

قالوا : وليس كالمريض إذا اعتق عبده ولا مال له غيره وعليه دين مستغرق لقيمة العبد أو لا دين عليه وله ورثة حيث لاينفذ في الحال ، لأن التعليل لئلا يلغو العتق وهناك لايلغو ، لأنه ان لم ينفذ في الحال ينفذ في ثاني الحال ، وعلى أن حق الورثة متعلق بعين العبد ، لأنهم يخلفونه في العين ، وحق الغرماء أيضاً متعلق بعين العبد ، لأن العبد تركة الميت وحقوق الغرماء متعلقة بأعيان التركة ، ولهذا يمتنع ملك الورثة في أعيان التركة إذا كانت الديون مستغرقة ، وإذا تعلق حقهم بعين العبد منع العتق .

وأما في مسألتنا حق المرتهن غير متعلق بملك العبد بل حقه مجرد اليد على ما سبق .

وربما يقولون : لحق الغرماء .

قلنا : لايتنجز العتق نظراً لهم ، لأنه لو تنجز ووجبت السعاية بعد العتق تعلق حقهم بذمة المفلس فتأخر العتق حتى يسعى ثم يعتق نظراً لهم ، وههنا لاحق على العبد انما الحق على الراهن ولا افلاس له فلم يجب علينا النظر للمرتهن بتأخير العتق .

وقالوا : أيضاً العتق في المرض وصية فإذا اعتق في المرض كان كما لو أوصى بعد الموت فيكون العتق حقيقة في عبد مشترك بينه وبين الورثة في الثلث والثلثين فيصير حكمه حكم العتق في العبد المشترك بينه وبين غير الورثة فتجب السعاية عند اعتبار الإعسار ، والمستسعى مكاتب عندنا ، والمكاتب عبد حتى يؤدي المال الذي عليه .

الجواب :

ان الأهلية مسلمة ، فأما المحلية فلا يسلم ، لأن بإشغال المحل بحق المرتهن خرج عن كونه محلاً للعتق المسقط لحقه وعلى ان الأهلية والمحلية قد يجتمعان ويمتنع العتق لمعنى آخر كالمريض إذا اعتق العبد ولايقع التقصي عن عهدة هذا النقص بقولهم " لايلغو " لأن الإلزام عليهم عدم النفوذ وإذا جاز ان يصدر العتق من أهله في محله ولاينفد لحق ذي حقٍ جاز أن يصدر كما قالوا ويلغو لحق ذي حق .

وأما قولهم : " ان العتق يصادف الملك " .

قلنا : بلى ، ولكن ملك تعلق به حق المرتهن ، والدليل على تعلق حق المرتهن بالملك ان الحق حق الإستيفاء والإستيفاء يكون بالملك .

وقولهم : " ان الإستيفاء يكون في ثاني الحال " .

قلنا : " نحن ندعى انه استوفى العين بحقه ، لأنه يكون العبد حينئذ مملوكاً له ، ولكن ثبت حق الإستيفاء وتعلق هذا الحق بما يحصل به الإستيفاء وهو الملك ، ونقول أيضاً ان العتق وان صادف الملك بالإسقاط لكن لما كان بالعتق مسقط لحق المرتهن على ما سبق بيانه من قبل امتنع العتق كما يمتنع البيع وان كان البيع يلاقي الملك أيضاً ، ولايلاقي حق المرتهن .

فإن قالوا : إذا كان للراهن ملك وللمرتهن حق فكيف يقدم الحق على الملك ؟

قلنا : ليس في منع العتق ابطال ملك الراهن وفي تنفيذ العتق اسقاط حق المرتهن ، وهو كمسألة البيع .

وقولهم : " امتنع البيع لفقد الشرط وهو القدرة على التسليم " .

قلنا : هو قادر بأن يوفر الدين ويسلم العبد .

فإن قالوا : أداء الدين موهوم فلايجوز اثبات القدرة بموهوم " .

قلنا : يبطل بما لو باع العقار قبل القبض عندهم يجوز ، ويجعل قادراً على التسليم بهذا الطريق وهو أن يؤدي الثمن ويسلم .

فإن قالوا : البيع يحتمل الرد بخلاف العتق " .

قلنا : هذا منع الوقوع وليس برفع بعد الوقوع ، والعتق يحتمل منع وقوع لقيام الدليل على ما سبق بدليل عتق المريض والصبي ومسألة المريض في نهاية اللزوم وهي مناقضة عظيمة عليهم .

وقولهم : " ان حق الوارث والغريم يتعلق بنفس الملك " فمحال ، لأن الملك للمريض الى أن يموت ، ولهذا يصح بيعه وهبته ورهنه ، وإذا كانت جارية يحل له وطئها .

وأما حق الغريم فالمرتهن أيضاً غريم " .

وقد قالوا : ان العبد المأذون الذي في رقبته دين إذا اعتقه السيد ينفذ عتقه فاجعلوا هذا مثله ، ويبطل فصل النظر للغرماء بهذا .

ويقال لهم : انظروا للمرتهن ههنا .

وأما قولهم : / ان العتق في المرض وصية بالعتق " . ١٢٢/أ

قلنا : بل هو تنجيز وانما حكمه حكم الوصايا في الإعتبار من الثلث مثل سائر التبرعات .

وأما في الحال فقد صدر من المالك في ملكه حقيقة .

وأما العبد المبيع قبل القبض فان اعتق قبل أن ينقد الثمن فيه وجهان . وعلى التسليم لضعف حق البائع لم يمتنع العتق وههنا لقوة حق المرتهن ، وهذا يسهل اثباته .

وأما البيع امتنع في المبيع قبل القبض لحق الشرع حتى لايجوز وان رضى البائع بخلاف مسألتنا .

وأما العبد المؤاجر إذا اعتقه المالك انما نفذ لأنه انما امتنع عندنا لاسقاط حق المرتهن ، وهناك لايسقط حق المستأجر .

وأما اعتاق أحد الشريكين نفذ لأن اعتاقه يلاقي ملكه ثم يعتق نصيب شريكه حكماً فلا حق في ملكه لاحد بخلاف مسألتنا على ما سبق والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

تخليل الخمر محظور عندنا [(١)] ، ولايفيد الحِلّ بحال .

وعندهم : هو مشروع ويفيد الحل والطهارة ويصير بمنزلة الخل الذي تخلل بنفسه. [(٢)]

لنا :

حديث أنس ان أبا طلحة كانت عنده خمور لأيتام فلما حرمت الخمر قال : يارسول الله ما أصنع بها ؟ قال : ارقها ، قال : أفلا أخللها ؟ قال : لا " [(٣)]، وهذا نص في حظرية التخليل .

يبينه : ان الخمر كانت لأيتام وانما يؤذن بالقرب من مال الأيتام على طريق الأصلح والأولى فلو كان يجوز التخليل لأرشد اليه مع ذكر أبى طلحة لذلك ، وقد كان يرشد صلى الله عليه وسلم الى مثل هذا ابتداءً بدليل الخبر الذي ورد

---

(١) المهذب : ٧٢/١ ، المجموع شرح المهذب : ٥٢٩/٢ ، النكت ورقه ١٨/ب ، الروضة ٧٢/٤ . معالم السنن : ٨٢/٤ ، قال الخطابي في المعالم : " وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه واليه ذهب الشافعي وأحمد وكره ذلك سفيان وابن المبارك .." اهـ . انظر المغني : ٥١٧/١٢ .

(٢) مختصر القدوري : ٢٢٧/٢ ، المبسوط ٢٢/٢٤ ، رؤوس المسائل ص ٣٠٨ .

(٣) رواه ابو دادو في سننه : ٨٢/٤ مع المعالم ، باب ما جاء في الخمر تخلل .

وأحمد في المسند : ١١٩/٣ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

في شاه ميمونة فانه ﷺ لما راءها ميتة أرشد الى الدباغ ، وحين لم يأذن ههنا في التخليل مع السؤال عرفنا انه محظور .

فان قيل : كما لم يأذن في التخليل لم يرشد الى الإمساك ليتخلل وبالإجماع هذا مطلق مباح .

يبينه : ان الخمور كانت محترمة لأنها كانت متخذه قبل التحريم فكان يجوز إمساكها للتخليل كخمور الخلالين وحين لم يرشد الى الإمساك دل انه ﷺ أمر بالإراقة لمعنى آخر وذلك المعنى هو : ان الزمان كان زمان ابتداء التحريم ، والقوم كانوا ألفوا شرب الخمور واعتادوا ، فأراد النبي ﷺ زيادة مبالغة في الأمر ليقلع القوم عن عاداتهم ويقطعهم عن مألوفاتهم .

ألا ترى انه أمر بكسر الدِّنان وشق الزِّقاق [١] ، وكان المعنى هذا فصار النهي عن التخليل نهياً مختصاً بذلك الزمان بمعنى اختص بذلك الزمان .

ونظير هذا انه ﷺ حين دخل المدينة وجد الناس قد ألفوا الكلاب فأمر بقتلها ليردهم عن عاداتهم ويقطع عادتها عنهم ، ثم انه لما تراخى الزمان وتلقوا الأمر بالقبول وتركوا ما اعتادوه أذن في اقتناء الكلب على مخصوص ، ونهى عن قتلها الا الاسود البهيم على ما نقل .

وقد عارضوا هذا الخبر بخبر رووه ان النبي ﷺ قال (يحل الدباغُ الجلد كالخمر تخلل فيحل) [٢] وهذا نص .

---

(١) الزقاق : جمع زق بالكسر (الظرف) .

(٢) تقدم تخريجه .

قالوا : ان الخبر الذي رويتم منسوخ بهذا ، لأن ذلك كان في ابتداء الإسلام ، ألا ترى انه كان حين حرمت الخمر ، وخبر شاة ميمونة كان بآخره ، واللفظ الذي رويناه انما قاله ﷺ في شاة ميمونة .

الجواب :

أما الأول قولهم : " انه لم يأمر بالامساك " .

قلنا : قد قال بعض أصحابنا : انه يحتمل ان تلك الخمور كانت منقاة من العكر مصفاة بحيث تزداد جودة بالإمساك ولاتتخلل على ما يفعله بعض الخمارين .

وهذا الجواب ليس بشئ ، لأن قوله : " أفلا أخللها " وهذا يتناول التخليل بالمعالجة والتخليل بالإمساك جميعاً ، لأن الكل تخليل ، وقد نهى مطلقاً ، وأيضاً مالايتخلل بالإمساك لايعرف انه يتخلل بالمعالجة اللهم الا ان يغلب عليه شئ مما يصب فيه فيتلاشى الخمر بتغلبة غيره عليه ، وليس الكلام في مثل هذا انما الكلام في تخليل بالمعالجة من صب قليل من الخل أو إلقاء ملح فيه يقرب زمان التخلل به وقد كان يتباعد لولاه فهذا موضع الخلاف .

والمعتمد من الجواب : ان تلك الخمور كانت متخذة للشرب وعندنا ما اتخذ للشرب لايحل بالإمساك وان تخلل وانما يحل ما اتخذ للخل ابتداءً .

وقولهم : انها كانت محترمة ، لأنها كانت اتخذت وهي حلال " .

قلنا : بلى ، اتخذت في ذلك الوقت ولكن لما حرمت زالت حرمتها وبقيت خمور الشرب لا حرمة لها ، لأنها لم تكن لغير الشرب حين حرمت فبقيت كذلك ، فوجبت / إراقتها . ١٢١/ب

وعندنا: يحل بالإمساك بما اتخذ لقصد الخل ابتداءً ويكون حله بالنظر الى ما اتخذ له

وأما الذي قالوه : انه ﷺ أمر بالإراقة لمعنى كذا " فهذا حمل الخبر على النسخ ، والأصل ان الشرع الوارد مسترسل على الأزمان بل متناول أهل كل زمان الى قيام الساعة .

ألا ترى ان الحدّ الوارد لشربه استرسل على الأزمان بل زيد غلظاً حين تراخى الزمان فانه كان بالنعل وأطراف الثياب ثم نقل الى السوط ثم ان عمر بلغ به الثمانين .

يبينه : انه كان المعهود من حال الصحابة المبادرة الى الإمتثال في الأوامر والنواهي ولم يعرف انهم احتاجوا الى زيادة زجر استغنى عنه من بعدهم بل لو قلب الأمر في هذا أو عكس كان أولى ، لأن قلة المبالاة بامتثال الأوامر والنواهي في القرون اللاحقة كانت أكثر منها في القرن الأول ، وهذا أمر ظاهر لايخفى على أحد .

وأما قتل الكلاب ، فنحن لانقول ان قتل الكلاب كان لما قالوه بل شرع وَرَدَ ثم نسخ بشرع على ما يوجد في كثير من المواضع .

وأما كسر الدِّنان فيحتمل انها كانت خارية لاتصلح لشئ وعلى ان الظروف كانت محرمة في الابتداء ثم أحلت ، وقد ورد النص في النهي والإطلاق، ولايعرف انه كان للمعنى الذي قالوه .

وأما الخبر الذي رووا فهو على الوجه الذي رووا من نسخ أيديهم ، انما المروي هو ما رواه الفرج [١] بن فضالة عن يحيى بن

---

(١) الفرج بن فضالة بن النعمان التنوخي الشامي ، ضعيف ، من الثامنة ، مات سنة ١٧٩هـ ، روى له أبو داود والترمذي وابن ماجة . انظر : التقريب ص ٢٧٤ .

سعيد [١] عن عمرة [٢] عن أم سلمة قالت : كانت لنا شاة فماتت فقال النبي عليه السلام : ما فعلت شاتكم ؟ قلنا : ماتت ، قال : فلا انتفعتم بإهابها ، قلنا: انها ميتة ، قال : يحل دباغها كما يحل خل الخمر " [٣]

وعلى هذا الوجه نقل وليس لهم في هذا اللفظ حجة ، وعلى انه تفرّد به الفرج ابن فضالة وهو ضعيف الحديث [٤] يروي عن يحيى بن سعيد احاديث ثم لايتابع عليها . [٥]

وقد تكلف الأصحاب في التأويل لما رووه ، وقالوا : معناه : تخلل بالإمساك[٦] ولاينبغي الإشتغال به ، هذا هو الكلام في الأخبار ، والمعتمد هو الخبر .

وأما المعنى :

نقول تصرف في عين الخمر بالتمول فوجب أن لايحل .

---

(١) يحيى بن سعيد بن قيس الانصاري المدني ابو سعيد القاضي ، ثقة ، ثبت ، من الخامسة مات سنة ١٤٤هـ أو بعدها ، روى له اصحاب الكتب الستة .
انظر : التقريب ص ٣٧٦ .

(٢) عمرة بنت عبد الرحمن من التابعين .

(٣) رواه الدارقطني في سننه : ٤٩/١ .
وروى ابن عدي في الكامل قوله : " ان الدباغ يحل من الميتة ما يحل الخل من الخمر " فقط : ٢٠٥٤/٦ .

(٤) قاله الدارقطني في سننه : ٤٩/١ .

(٥) قال ابن عدي في الكامل : " سمعتُ عبد الرحمن بن مهدي يقول : حدث الفرج بن فضالة عن أهل الحجاز أحاديث مقلوبة منكرة " اهـ . ٢٠٥٤/٦ .

(٦) انظر المجموع : ٥٢٨/٢ .

دليله : إذا باع ليتمول ثمنها .

قالوا : تصرف في عين الخمر بتمول الخل لا بتمول الخمر ، وأيضاً تصرف في الخمر باتلاف الخمرية ، ووقع بهذا الفرق بين الفرع والأصل .

الجواب بما هو فقه المسألة ومعتمدها مغني .

وهو أن التصرف في عين الخمر حرام ، ونحن نعلم ان التخليل تصرف في عين الخمر ، لأنه معالجة ، ومعالجة الشئ تصرف فيه قطعاً فلو حل لكان يحل ، لأنه يكون محللاً للخمر بهذه المعالجة ، والتخليل تقليب عين وتحويل طبع ، وهذا لايدخل في صنع العباد فسقط اضافة التخليل الى فعله وبقى الموجود مجرد التصرف في عين الخمر فيكون محظوراً كسائر التصرفات .

ويمكن أن يقال أيضاً حرمة الخمر لعينها ، لأن الخمر اسم للعين والخمر محرمة فالعين محرمة ولايتصور طهارتها الا بأن تنقلب عينا أخرى ولا صنع للعبد في تقليب العين فيبطل تخليله وجعل كالعدم ولو حل كان يحل تخليله فإذا بطل تخليله صار كالعدم واستمرت الحرمة .

ونظيره : إذا قتل مُورّثه فإن الإرث لما كان عن الميت ولا صنع للعباد في الاماتة فبطل صنعه في هذا المعنى ، وصار الموت كالعدم واستمر عليه حكم الحياة فبطل الإرث .

فإن قالوا : لو صار كذلك وجب أن لايحل للمخلل على الخصوص كما لايرث القاتل على الخصوص .

قلنا : إنما افترقا في ذلك ، لأن الورثة كل واحد منهم أصل في الإرث ، وإنما يسقط الإرث في حق هذا القاتل لمعنى لايوجد في حق غيره فاعتبر الموت

الحاصل بقتله في حق غيره ولم يعتبر في حقه وفي مسألة التخليل تملك واستحلال بعينه والذي باشر فعل التخليل هو المتملك والمستحل فإذا بطل حقه بطل أصلاً .

وقد قال بعض أصحابنا :

ان التخليل لايكون الاّ بالإقتراب من الخمور ، والإقتراب من الخمر حرام ، لأنه لايؤمن معه مواقعة المحظور من الشرب فيحرم كالخلوة بالأجنبية لما كان لايؤمن معها مواقعة المحظور حرم ، وهذا لأن الخمر محبوبة للطباع كالنساء محبوبات للنفوس فجاء الشرع بالمنع من الإقتراب في الموضعين ردعاً للعباد عن الإشراف على المعاصي .

وعندي : ان المعتمد هو الأول ، لأن الإقتراب من الخمر لايجوز للشرب خاصة فإن الفساد في الشرب .

وقولكم : " انه لايؤمن ان يشرب هذا / يوجد إذا اقترب منها لقصد ١٢٣/أ الإراقة ، وعلى ان هذا القدر لايوجب التحريم انما يوجب الكراهة فحسب مثل الخلوة بالأجنبية ، الا ترى انه إذا خلا بالأجنبية لغرض صحيح من تحمل شهادة أو مداواة فإنه يجوز ، والمحظور لايباح بهذا ، دل انه مجرد كراهة فكذلك ههنا ، وجب أن يكون مجرد كراهة .

ونحن نقول : انه يكره ، والأولى أن يترك حتى يصير خلاً بنفسه غير انه إذا دنا من الخمر لغرض صحيح وهو اهلاك الخمرية كان جائزاً وابتنى عليه حكم الحل .

وأما حجتهم :

قالوا : إصلاح فاسد أو تطهير بحبس فيكون مشروعاً .

دليله : دبغ[1] ، وهذا لأن الشرع في أصله ما ورد الاّ بامثال هذا فلا يليق به تحريمه

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (دبغ الجلود) .

وانما قلنا انه اصلاح فاسد ، لأن الخمرية صفة فاسدة والخلية صفة صالحة فالتخليل يزيل الصفة الفاسدة الى الصفة الصالحة فثبت ما قلناه .

يبينه : ان اراقة الخمر جائزة بصفة الخمرية فإذا جاز اتلافها بصفة الخمرية جاز اتلاف صفة الخمرية ، وهذا كالكافر الحربي لما جاز اهلاكه لصفة الكفر جاز إزالة صفة الكفر عنه بالدعاء الى الإسلام ليسلم فيزول عنه صفة الكفر ، بل اتلاف صفة الخمرية مع بقاء العين أولى بالجواز كما ان ازالة الكفر عن الكافر بدعائه الى الإسلام فيسلم أولى من قتله .

قالوا : ولأنه قد صار الخمر خلاً بالتحليل ، وهذا يعرف بالحسّ والعيان فإذا صار خلاً فلابد من الحكم بحله لأن الله تعالى قد أحل الخلول .

قالوا : وان قلتم لم يصر خلاً وانما صار مغلوباً بغيره فهذه مكابرة والمسألة فيما إذا قد صار خلاً حقيقة من غير ريب ولا مرية نعم ، يجوز أن يقال إذا القى فيه دبس كثير تصير الخمر مغلوبة فأما إذا ألقى فيه الخل أو الملح وترك حتى صار خلاً وقد كان يصير خلاً بعد ثلاثين يوماً ، والآن صار خلاً بعد عشرة أيام فنحن نقطع بصيرورته خلا ، لأن الخمر من طبعها أن يصير خلاً بمضي الزمان فبهذه المعالجة تكون هذه الصيرورة أسرع ، وليس من طبعها ان تصير دبساً بمضي الزمان فإذا ألقى فيها دبس كثير صارت الخمر مغلوبة لا انها صارت دبساً .وههنا صارت خلاً قطعاً فهذا هو الفرق .

قالوا : ولايجوز أن يقال لو جاز التخليل لم تجز الإراقة وحين جازت الإراقة دل ان التخليل لايجوز ، لأن عندنا انما تجوز الإراقة على مالايؤمن بشربه فأما إذا أُمِنَ عليه من الشرب وقال : انا أخلل يترك حتى تخلل .

فإن قلتم ينبغي أن يحال بينه وبين الخمر وتخلل عليه .

فليس هذا بصحيح ، لأنه لايجب على الإمام أن يباشر أمثال هذا كما لايجب عليه دبغ جلد الميتات انما عليه ان يخلي الإنسان وفعل هذا ان أمن منه مواقعة المحظور وأن لم يأمن يراق عليه ، وعلى انه يدخل على ما قلتم الإمساك فانه لو أمسك حتى تخلل فانه يحل وان كانت الإراقة جائزة وإذا كان جواز الإراقة لم يمنع ثبوت الخلية بالإمساك كذلك لايمنع ثبوته بالتخليل .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان في التخليل افساد صالح وهو إذا ألقي فيه من الملح والخل ، لأنه وان كان كذلك لكنه لغرض صحيح وهو تفويت صفة الخمرية فجاز ذلك ولاينظر الى فساد ما يلقيه فيه لما عارضه اصلاح ، وهذا كالبذر يلقيه في الأرض فانه يفسد بلا اشكال ولكن لما ادى الى اصلاح وكان الإفساد لغرض صحيح جاز فعله .

قالوا : ولايجوز أن يقال أن ما يلقيه في الخمر ينجس وتبقى نجاسته وان صار خلاً فيكون الخل نجساً بنجاسته كالخل النجس ببول فيه أو بفأرة تقع فيه ، فإن الخمر وان صارت خلاً حقيقة تكون نجساً هذا لايصح ، وذلك لأن الملقى فيه وان صار نجساً لكن صار نجساً بالخمر ، والخمر كلها قد انقلبت خلاً . وإذا صارت جميع أجزاء الخمر خلاً لم يكن بد من طهارة ما ألقي فيه ، لأن المنجس قد زال وهذا كالدّن فانه ينجس بالخمر ثم إذا انقلب الخمر خلاً طهر الدّن، لأنه ينجس بأجزاء الخمر وتلك الأجزاء إذا انقلبت خلا فلم يكن بد من الحكم بطهار الدّن وليس كما لو تنجس الملقى فيه ببول ، لأن البول لاينقلب خلاً بحال بخلاف الخمر . الا ترى ان الدّن لو كان نجساً ببول لم يطهر وأيضاً بتخلل الخمر.

وأما قولكم : " ان الخمر لاتصير خلا الا بتحويل طبع أو تنقلب عين ".

قال : ليس كذلك بل انما يصير خلاً بتبديل صفة فحسب ، لأن الشدة صفة للعين وليست بنفس العين بل هذا المانع إذا / كان عصيراً أو ١٢٣/ب

خمراً أو خلاً فالعين واحدة في الكل انما الصفة تتبدل وهو مثل الدبيغ ، فانه لايوجد به الا تبديل صفة وكذلك الثوب النجس يغسل لايوجد به الا تبديل صفة فالشدة في الخمر كالزهومة في الجلد .

وعلى ان غاية ما في الباب أن نثبت لكم ان التخليل محظور لكن إذا صار خلاً بأي جهة كان فلابد من الحكم بحله ولاينظر الى حظرية السبب ، وهذا كَمَنْ ذبح شاة الغير تحل وان كان الذبح ههنا معصية ، وكذلك أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت ، وَمَن له الدين إذا قتل مَنْ عليه الدين فانه يسقط الأجل وتتوجه المطالبة.

قالوا : وأما حرمان الإرث فهو عقوبة على جناية ، والعقوبة لاتتأخر إذا وجدت الجناية ، ولهذا يختص بالقاتل .

وأما عدم الحل عندكم ليس على طريق العقوبة بل لانعدام سبب الحل ، ولهذا المعنى لايحل لمباشرٍ التخليل ولا لأبعد الناس وإذا كان عندكم فوات الحل لانعدام السبب ، وقد بينا وجود السبب ، واعتمدوا على التخليل في الامساك ايضا وهو معتمد ، لأنه نوع تخليل مثل المعالجة التي اختلفنا فيها هي نوع تخليل .

الجواب :

قولكم : " اصلاح فاسد " .

قلنا : بل هذا في الحال افساد صالح وهو إفساد ما يلقيه فيه .

والذي اعتذروا عنه يقال عليه :

انه لاحاجة الى إفساد هذا الصالح بل ينبغي أن يصير حتى يصبر خلاً بنفسه .

فإن قالوا : له حاجة اليه وهو استعجال الخليّة فإن التخلل يتباطئ فيعالج

حتى تتعجل الخلية " .

قلنا : بمثل هذا لايجوز مباشرة نجس ولا افساد طاهر ، وليس كما ذكروا من إلقاء البذر ، لأن هناك ضرورة فإنه لايصل الى الريع الإّ به بخلاف مسألتنا فانه يصل الى الخل بدون التخليل ، وليس كإنضاج الثمار النِّية حيث يباح ، لأنه تصرف لاقى نجس ، وهذا تصرف في نجس ، وهم يقولون تصرف في نجس لكن لتطهير المحل منه .

ثم الجواب المعتمد : ان قولهم : " اصلاح فاسد ، ممنوع ، لأن الإصلاح والصلاح يعرفان بالشرع فإذا صار السبب محظوراً شرعاً لمعنى لم يبق وجه الصلاح بحال، وهذا لأنه إذا تخلل بنفسه لانقول حل بزوال الشدة بل شرعاً عند زوال الشدة .

وأما قولهم : " ان الخمرية صفة فاسدة والخلية صفة صالحة " .

قلنا : إذا حصلت بنفسها فإذا حصلت بالتخليل فهي صفة فاسدة .

وقولهم : " انه تباح الإراقة لصفة الشدة ..... الى آخر ما قالوا .

قلنا : لو كان هذا كمسألة الحربي وجب ان لاتجوز الإراقة في موضع بتسهيل طريق التخليل ، كما لايجوز قتل الكافر عند تسهيل الدعوة ولا خمر في العالم الإّ ويمكن تخليلها فلا خمر إذاً تجوز إراقتها ، وعلى أنا نقول بلى ، بالتخليل تزول الشدة عن المحل لكن بطريق محظور شرعاً ، وأسباب الإصلاحات والتطهيرات ما لم تكن مشروعة شرعاً لايفيد صلاحاً ولا طهارة .

فإن قالوا : هذا لايجوز أن يكون غير مشروع .

قلنا : يجوز لما بينا من المعنى .

وأما قولهم : انه قد صار خلاً " .

قلنا : ان عنيتم محسوساً فمسلم ، وان عنيتم حكماً فلا ، لأنه باقٍ على الخمرية في الحكم .

وقولهم : " ان الشرع أباح الخلول " .

قلنا : بلى ، ولكن لا كُلّ خلٍ ، وانما أباح خلاً حصل بالتخلل فأما بالتخليل ففيه تنازعنا " .

وأما قولهم : " ان في التخليل ازالة الصفة فحسب " .

قلنا : لاشك انه تبديل طبع وان ادعينا تبديل العين فهو كذلك أيضاً لما بينا ان عينه محرمة ، لأن عينها خمر فلا يتصور طهارتها الإ بانقلاب العين عيناً أخرى ، وبهذا فارق دباغ الجلد ، لأن عينه جلد ، والجلد أصله الطهارة وانما ينجس بصفةٍ حلّت فيه فيكون الدبغ ازالة صفة فاسدة من محل ، أو نقول جلد الحيوان طاهر والدباغ عمله في اعادة طهارة الحياة في الجلد ، واما في مسألتنا فان عين الخمر نجسة لما بيّنا انها خمر وإذا تخلل لايبقى خمراً ، والجلد إذا دبغ يكون جلداً ويبقى جلداً على ما كان .

ويمكن أن يقال : أن الدباغ مأمور به والتخليل منهي عنه ، والجمع بين هذين باطل ، والإعتماد على الأول معنىً .

فإن قالوا : هَبّ انه تقليب عين لكنه يجوز أن ينسب الى الأدنى إذا وجد منه السبب كالقتل يضاف الى الآدمي وهو موت لوجود سبب منه ، وكذلك الفرخ بتحضين الدجاجة .

قلنا : لاينسب اليه سوى الجرح وسوى مباشرة / التحضين ، ١٢٤/أ وأنتم أضفتم اليه ههنا التخليل ولايجوز لأنه لايضاف الى العبد ما ليس من صنعه بحال .

وأما قولهم : " انا سلمنا الحظرية ولكن قد صار خلاً " .

قلنا : إذا سلمتم الحظرية فد سلمتم المسألة ، لأن المشروع لايثبت الإ بسبب مشروع .

وأما ذبح شاة الغير فعينه مشروع في الجملة ـ أعني التذكية ـ ، لكن نهى عنه، لأنه صادف ملك الغير وههنا التخليل غير مشروع بحال .

وأما مسألة أم الولد إذا قتلت سيدها فانما عتقت ، لأن سبب العتق الإستيلاد والإستيلاد مشروع وانما الموت شرط ، والشرط يجوز أن يكون محظوراً ، وانما الكلام في السبب المحظور انه لايجوز أن يفيد الإباحة ، وهذا لأن الأحكام يُحال بها على أسبابها لا على شرائطها .

وكذلك الجواب عن مسألة حلول الدين ، لأن المطالبة متوجهة بقصد المعاملة الذي سبق لابمضي الأجل الذي يوجد .

وأما فصل الإمساك :

قلنا : انما ابحنا الخل بالإمساك فأبيح الإمساك لأجل ضرورة الوصول الى الخلّ المباح شرعاً ولا ضرورة في التخليل بالمعالجات فكان حراماً بالمعنى الذي قدمنا .

يبينه : إن المعالجة تصرف حقيقة في الخمر والإمساك يشبه الإعراض عن التصرف والإنتظار لما يؤول اليه بصنع الله تعالى .

وأما نقل الخمر من الشمس الى الظل أو من الظل الى الشمس فقد قال بعض أصحابنا :

هو مثل المعالجة ، والأصح ان به لايحرم ، لأنه ليس بمعالجة في عين الخمر وهو من توابع الإمساك .

وقد قال بعض أصحابنا : ان الإمساك لايحل الخمر أيضاً وذكروا في اباحة الخلّ طريقاً بعيداً ، والمعتمد من الجواب ما سبق ، وما سواه باطل . والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

ولد الجارية المرهونة لايكون مرهوناً عندنا .[١]

وعندهم : يكون مرهوناً مع الأم .[٢]

لنـا :

ان الجـارية وولدها مـحـلان ينفـصل احـدهمـا عن الآخـر في الرهنيّة فـرهن احدهما لايوجب رهن الآخر كما لو رهن الجارية بعد ما انفصل عنها الولد ، وهذا لأنه لم يرهن الولد فلو صـار رهناً لصـار رهناً برهن الأم وهذا لايجـوز ، لأن الأم صارت رهناً بمباشرة المالك رهنها وهو انما باشر رهن الجارية ولم يباشر رهن الولد فلم يصـر الولد رهنا ، لأن سبب ثبـوت الرهن فيـه لم يوجد ، وهذا لأن مـا يثـبت باثبات المالك يثبت في المحل الذي يثبتـه فيـه ولايثبت في المحل الذي لم يثبتـه فيه سائر مايثبته من عقد أو ملكٍ أو حق .

وقد تعلق الأصحاب بالجارية الجانيـة إذا ولدت ولداً لايسرى اليه حكم الجناية.

قالوا : ليس موجب عقد الرهن في الجاريـة الأّ تعينهـا لقضاء حق منهـا ، وهذا لايوجب سراية ما يتعلق بالجارية الى الولد .

دليله : مسألة الجناية ، والأول هو المعتمد .

وأما حجتهم :

قالوا : حق لازم تعلق بعين الجارية فيسري الى الولد .

---

(١) المهـذب : ٤٠٨/١ ، الروضـة : ١٠٢/٤ ، المنهـاج مع المغني : ١٣٩/٢ ، النكت : ورقه ١٥٠/ب . الحاوي : ٢٠٨/٦ .

(٢) مختصر القدوري : ٣٠٤/١ ، المبسوط : ٧٥/٢١ ، البدائع : ٣٧٢٥/٨ .

دليله : الملك والإستيلاد ، وهذا لأن الولد حدث من محل الحق فيسري اليه الحق كما يسري اليه الملك .

والدليل على أن الولد حدث من محل حق المرتهن ان محل حق المرتهن عين الجارية ، لأن حقه الجنس أو ملك اليد وهو ثابت في عين الجارية .

يدل عليه : ان الرهن حق مالي فيشبه أصل المالية ثم أصل المالية يسري من الجارية الى الولد، كذلك هذا الحق .

قالوا : وأما ولد الجانية فليس هناك حق متعلق بعين الجارية انما الواجب على السيد اما الدفع وإمّا الفداء ، فأما أن يتعلق بعين الجارية فلا .

وربما يقولون : ان الواجب على السيد هو الأرش إلا انه يتخلص بدفع العبد الجاني أو الجارية .

قالوا : وليس يلزم على ما قلنا فصل الضمان ، فإن عندنا لايكون الولد مضموناً وان كان مرهوناً ، لأنا نقول : ان الولد مرهون ولكنه تبعاً لا أصلاً فلم يوجب ثبوت الضمان كالولد المبيعة لما كان مبيعاً تبعاً لا أصلاً لم يكن مضموناً على ما سبق في مسألة زوائد المبيعة .

الجواب :

ان الأول مجرد تعلق بصورة فلا يكون دليلاً لثبوت الحكم ، وهذا لأن الكلام في هذا ان هذا الحق اللازم المتعلق بعين الجارية هل يسري الى الولد أو لا ؟

وعلى انا لانسلم ان حق المرتهن متعلق بعين المرهون على ما سبق بيانه .

والمعتمد من الجواب : ان الولد وان حصل من عين الجارية ولكن حق الرهن عارض في المحل يثبت باثبات مالك فيه فيثبت في المحل الذي يثبته فيه ، وهذا

لأن الجارية مملوكة للراهن فالولد مملوك له ، وهو انما رهن الجارية دون الولد فيصير الجارية / رهناً دون الولد . ١٢٤/ب

وأعلم أنه ليس لهم كلام يرد على هذا الفصل سوى الملك والإستيلاد ، ونحن نقول : ان الملك في الجارية هو الرق ، والحرية والرق صفتان أصليتان للجارية على معنى انه لايتصور خلوها عن احدهما إمّا الرق وإمّا الحرية وتفوت احداهما الى الأخرى ، وهذا بخلاف الرهنيّة فانها صفة عارضة تثبت بعقد عاقد واثبات مثبت .

وإذا عرف هذا فنقول : الولد إذا وُلدَ فلابد أن يكون على إحدى الصفتين إمّا الرق أو الحرية ، فرجحنا الصفة التي عليها الأم على الأخرى ، لأنها صفة أصل الولد فترجحت ثبوتها لأصله على الصفة التي ليست ثباته لأصله .

وأما صفة الرهنيّة لما كانت عارضة ثبتت بعقد عاقد واثبات مثبت فنظرنا الى المحل الذي عقد عليها العقد والمحل الذي أثبت فيه الحق فثبت فيه ولم يثبت في غيره ، وكذلك الإستيلاد ، لأن الثابت حق العتق وحق العتق ينزل منزلة حقيقة العتق ، ولأنه حق العتق يثبت لثبوت حقيقته فيلحق بها وهي صفة أصلية للمحل على ما سبق بخلاف مسألتنا ، وهذا الجواب معتمد وما سواه فليس بشئ .

وأمّا الإلزام بفصل الضمان ، فلازم وهو مناقضة على أصولهم وقلة ضبطه لما يوجبه المذهب .

وقوله : " انه دخل في الرهن تبعاً " .

قلنا : ادخله في الضمان تبعاً ، لأن ما كان أصلاً يكون الضمان فيه أصلاً وما كان تبعاً يكون الضمان فيه تبعاً ، فأما اخلاؤه عن الضمان أصلاً وادخاله في الرهن حقيقة فمناقضة بينة . والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

الرهن عندنا أمانة .[(١)]

وعندهم : مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وتفسيره معلوم .[(٢)]

لنا :

قوله عليه الصلاة والسلام (لايغلق الراهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه)[(٣)]

والإستدلال من قوله (لايغلق الرهن) وفيما قالوه نوع اغلاق فان الإغلاق عند أهل الجاهلية كان هو أن يصر الرهن بدين بشرط عندهم " .

وإذا قالوا : انه إذا هلك الرهن يسقط الدين أشبهه لفوات الإفتكاك في الموضعين .

والاستدلال الثاني : من قوله عليه السلام (وعليه غرمه) أي هلاكه .

وهم رووا ان النبي عليه الصلاة والسلام قال (الرهن بما فيه)[(٤)]

ورووا انه قال : ذهبت الرهان بما فيها "[(١١)]

ورووا ان رجلاً رهن فرساً عند رجل بدين له عليه فنفق الفرس فرفع الـــــى

---

(١) الأم : ٣/ ١٤٨ المهــذب : ٤١٧/١ ، النكت ورقــة : ١٥٣/أ ، الروضــة : ٩٦/٤، الحاوي : ٢٥٣/٦ .

(٢) مختصر القدوري : ١/ ٣٠٣ شرح معاني الآثار : ١٠٤/٤ ، المبسوط : ٦٤/٢١ ٦٥ ، البدائع : ٣٧٦٠/٨ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٢٦/١.

(٣) رواه الدراقطني في سننه : ٣٢/٣ ، ٣٣ .

(٤) رواه الدارقطني في سننه : ٣٢/٣ ، ٣٤ باب الرهن .

(٥) رواه الطحاوي في معاني الآثار من قول شريح : ١٠٣/٤ .

النبي ﷺ فقال (ذهب حقك) [(١)]

ونحن نقول :

ان الأول من قول شريح وليس من قول رسول الله ﷺ [(٢)] وقد تفرد برفعه اسماعيل [(٣)] بن أبي [(٤)] أمية قالوا : هو وضاع للحديث " [(٥)]

وكذلك اللفظ الثاني .

وأما الخبر الذي رووا فيه انه عليه الصلاة والسلام قال : (ذهب حقك)

رواه عطاء مرسلاً [(٦)] ، والمرسل ليس بحجة .

وقيل معنى قوله : " ذهب حقك " أي من الرهن يعني أن لاتطالب بغيره . [(٧)]

وأما المعنى الذي نقول : الضمان لايثبت الاّ بسبب مخيل في اثبات الضمان كالغصب لما كان مخيلاً في اثبات الضمان لكونه تعدياً أوجب الضمان ، وكذلك عقد البيع ، لأنه عقد ضمان ، وكذلك العارية على ما سنبين وقبض الرهن ليس

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٠٢/٤.

(٢) ذكر ذلك الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٠٣/٤ .

(٣) اسماعيل بن أميه الوازع ويقال ابن أبي أمية ، حدث عن ابي الأشهب العطاردي تركه الدارقطني . لسان الميزان : ٣٩٤/١ .

(٤) في سنن الدارقطني (ابن ابي أمية) .

(٥) قاله الدارقطني في السنن ولفظ " اسماعيل هذا يضع الحديث ، وهذا لايصح " . ٣٢/٣ ، ٣٤ .

(٦) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٠٢/٤ .

(٧) قاله الشيرازي في نكته ورقه ١٥٣/ب .

بمخيل في ايجاب الضمان ، لأن الرهن ان كان موجبه ما قلنا من ثبوت استيفاء الدين من الرهن وتعيّنه لذلك فهذا لايدل على وجوب الضمان كما لو دفع الى انسان عبداً ليبيعه ويستوفى منه دينه ، أو دفع اليه كيساً ليقبض منه حقه .

وان كان موجبه ما قالوا : من ملك اليد وثبوت الحبس فلا يدل أيضاً على الضمان ، لأن ثبوت حبس مال الغير ليس فيه معنى يشعر بوجوب الضمان على الحابس ، وهذا لأن الرهن على المذهبين وثيقة ، وجعل الرهن مضموناً يضاد الوثيقة ، لأن توثيق الحق تأكيده واثبات زيادة على ما كان من قبل في وجوب وصول زائد مثل الكفالة ، أو لاثبات نفس وصول زائد ، والوجوب على ما كان من قبل مثل الرهن .

فإذا قلنا : ان الدين يسقط بهلاك الرهن أثبتنا له ضد الوثيقة لأن فيه توهين الدين وجوباً واستيفاءً .

أما الوجوب فلأنه يفوت الوجوب بهلاك الرهن وقد كان لايفوت من قبل . وأما الإستيفاء فلأنه لم يكن بد من وصول عين الى يد المرتهن ليصير مستوفياً ، وإذا صرنا الى ما قلتم يصير مستوفياً دينه بهلاك الرهن من غير أن يصل اليه شئ .

وإذا ثبت هذا فنقول :

لايثبت بالعقد ضد مقتضاه .

دليله : سائر العقود ، ونقول أيضاً : ان كان المرهون مضموناً فلايخلو : اما أن يكون مضموناً بالقيمة أو بالدين / فان كان مضموناً بالقيمة فيجب ١٢٥/أ أن يكون مضموناً بجميع القيمة وان كان مضموناً بالدين فلايجوز ، لأن الدين لم يجب بهذا العقد فكيف يكون المرهون مضموناً بالدين فسقط الضمان أصلاً .

وأما حجتهم :

قالوا : المستوفى بالدين مضمون ، فالمقبوض بوثيقته مضمون ، وانما قلنا ان المستوفى بالدين مضمون ، فإنه لو كان له على انسان الف درهم فقبضها يكون مضمونا عليه ثم إذا وجب عليه مثل ما وجب على صاحبه التقيا قصاصاً، ولهذا إذا أظهر أن لا دين يكون المقبوض مضموناً على القابض ، ولهذا إذا اشترى بالدين ممن عليه شيئاً وقد ظهر ان لا دين لايبطل البيع ، وإذا ثبت هذا فنقول الرهن وثيقة للإستيفاء فيثبت في الحال ملك اليد على وجه يصير ذلك وسيلة الى حقيقة الإستيفاء فان الوثيقة لما شرعت مؤكدة لما جعلت وثيقة له فوجب ان تكون مفضية الى حقيقة الإستيفاء .

قالوا : وبهذا يعترض على قولكم ان ما قلتم يؤدي الى ضد الوثيقة لأنا لانقول ان الدين يسقط بهلاك الرهن بل نقول يصير مستوفياً للدين ، وإذا جعلناه مستوفياً للدين فلا يؤدي الضمان الى تخطير الدين وتوهينه بل يكون مؤدياً الى استيفائه لكن حكماً .

وحرفهم :

ان حقيقة قبض الإستيفاء لما أوجبت حقيقة الضمان فكذلك قبض جهة الإستيفاء يوجب انعقاد جهة الضمان فكما انعقد عقد إستيفاء يفضي الى حقيقة الإستيفاء فكذلك وجب أن ينعقد به عقد ضمان يفضي الى حقيقة الضمان بالهلاك ثم ننظر في ضمانه الى جهته فإذا كان الضمان لجهة الإستيفاء فنقدر ما يتصور استيفاؤه من هذا العين تكون العين مضمونة به هذا إذا كان الدين أكثر من القيمة وان كان الدين أقل من القيمة يكون مضموناً بقدر الدين، لأن الإستيفاء وجب في ذلك القدر .

قالوا : وانما جعلناه مستوفياً دينه حكماً بهلاك الرهن ليتحقق اقتضاء

عقد الإستيفاء الى حقيقة الإستيفاء .

قالوا : ولايجوز أن يقال كيف يتصور إستيفاء دينه وهو دارهم أو دنانير أو حنطةٍ أو ثوب في السلم من غير عبدٍ أو جارية أو خشبة ؟.

قال : لأنا نقول : يصير مستوفياً من عينه ، بل انما يصير مستوفياً من معناه ، ومعناه هو المالية ، والأموال متجانسة في المالية .

وانما يثبت الإستيفاء حكماً لأجل ما سبق من عقد الضمان بالطريق الذي بينا وعقد الضمان كان باعتبار عقد إستيفاء الدين فينظر ان كان الدين دراهم صار الرهن مضموناً بالدراهم ، وإن كان دنانير فبها ، وان كانت حنطة فبها وان كان ثوباً فبه ثم إذا هلك وتقرر عليه الضمان بالهلاك حصل الإستيفاء بالمقاصة مثل مايكون عند حقيقة الإستيفاء ، وهذا لأن التقويم في الأشياء انما جُعلتْ بالدراهم والدنانير لأن التقويم بها أسهل ، وليس في هذا ما يوجب الحجر عن التقويم بشئ آخر ، فإذا رهن بحنطة أو بثوب وقد أوجب العقد الضمان بالطريق الذي سبق فكأنهما اصطلحا على أن يجعلا العين متقومة بحبس الدين فعند الهلاك يتقرر عليه ما اصطلحا على التقويم به ثم الإستيفاء بالمقاصة . هذا غاية الإمكان في تقدير كلامهم .

وقد قال بعضهم : لما كان موجب عقد الرهن ملك اليد وهو بعض ما ثبت بحقيقة الإستيفاء ، فإذا ثبت له بعض حقه وذلك البعض لايجوز أن يثبت مرة أخرى فإذا أبقينا الدين واستوفاه أوجبنا له ملك اليد مرتين ، وهذا لايجوز فسقط الدين ضرورة ، وهذا بخلاف ما إذا كان الرهن قائماً لأنه يسترد الرهن فيرتد ملك اليد الذي وجب له ثم حينئذ يستوفى فيثبت له ملك عين وملك يد مرة واحدة فلا يؤدي إلى تثنية الواجب له ، بخلاف ما إذا هلك لأنه لايتصور ارتداد ملك اليد وقد تم ملك اليد بالهلاك وانتهى فيؤدي بقاء الدين وايجاب

ابقائه الى ماذكرناه .

وقد تعلق مشايخهم بالمقبوض على سوم البيع ، فإنه مضمون باعتبار جهة عقد البيع ، وكذلك المبيع قبل القبض مضمون باعتبار ثبوت حبس بدين بعقد ، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون كذلك .

الجواب :

ان الكلام على ما سبق ، وقد بينا انه لم يوجد ههنا سبب مخيل في ايجاب الضمان .

وأما كلماتهم فكلها مبنية على أصل ممنوع وهو انهم قالوا : ان المقبوض على حقيقة الإستيفاء مضمون " .

ونحن لانسلم هذا ، واذا استوفى ديناً له على انسان لايكون مضموناً عليه بل / إستيفاء الدين يكون كذلك . ١٢٥/ب

ونقول : بقبضه استوفى عين حقه ، الا ترى في السلم اذا قبض فقد استوفى عين حقه ، لأن قبض المسلم فيه بغيره لايجوز ، والشئ اما ان يقبض بنفسه أو بغيره ، ولايتصور ما سوى هذين فاذا لم يصر قابضاً له بغيره فعلى القطع نعلم أنه يصير قابضاً له بعينه .

وأما قولهم : " انه لو ظهر ان لادين يكون المقبوض مضموناً ، هو عندهم وكذلك مسألة الشراء على مذهبهم .

وعندنا : اذا ظهر ان لادين بطل البيع ، والمعنى يدل على ما قلناه ، لأنه ليس في قبض حقه عن غيره دليل على ثبوت ضمان عليه .

يبينه : ان مَنْ قبض له عينًا عند انسان لاتكون مضمونا عليه فاذا قبض ديناً له عليه لايكون مضموناً عليه أيضاً .

فإن قالوا : أليس ان المشترى اذا قبض المبيع يكون مضموناً ؟

قلنا : قد كان مضموناً بالعقد لأجل الإلتزام الموجود منه وينتهي بالقبض ، فأما أن يجب ضمان بقبض حقه محال ، واذا سقط هذا الأصل الذي قالوا وجميع كلامهم بناءً عليه سقط الجميع .

وأما فصل المقاصة : فهو على أصولهم ، وعندنا لامقاصة في موضعٍ ما ، وان سلم لهم على أحد الوجوه في موضع ، فلا نقول به بالطريق الذي ذكروا بل نترك الإستيفاء في كلا الدينين لعدم الفائدة عليه ويصير في التقدير كأن كل واحد منهما أبرأ صاحبه عن الدين الذي له عليه ، ثم يقال لهم هذا الضمان الذي قلتم يؤول الى استيفاء الدين أو سقوطه .

نقول : من أيّ وجهٍ يؤول الى سقوطه ؟ فإن قلتم ، لأنه صار مضموناً بالدين فوجب ان يسقط كل الدين ، وأيضاً فان الدين وجب بعقد سابق فكيف يصير مضموناً به ؟ وهذا لأن السبب الذي وجب به الدين لم يرتفع ولم ينفسخ كيف يسقط الدين ؟ .

وبهذا فارق المبيع فهلك قبل القبض ، لأن هلاكه يوجب انفساخ العقد الذي وجب به الثمن فلهذا سقط ، وعلى ان السقوط ليس لهم بمذهب ، فانه لو ارتهن برأس المال وهلك في المجلس عندهم : يتم السلم وبالسقوط لايتم السلم انما بالإستيفاء يتم ، حتى لو أبرأ عن رأس المال قبل القبض بطل السلم عندهم .

وان قلتم يصير مستوفياً لدينه فبأيّ وجهٍ يصير مستوفياً ؟

ان قلتم بعين الرهن فلا يتصور ، وان قلتم بمعناه ، فالمعنى هو معني العين فاذا لم يصر مستوفياً لعينه فلا يتصور مستوفياً لمعناه ، ولأن الإستيفاء من معناه انما يكون ببيعه وقبض ثمنه عن دينه ، فأين هذا حتى يصر قابضاً لمعناه ؟

يبينه : ان المرهون هو العين لامعناه فقبض جهة الإستيفاء انما يتناول العين فان

كان يفضي الى الإستيفاء فينبغي ان يفضي الى استيفاء عينه ، وأيضاً فانه يفضي الى الإستيفاء بسبب جديد وهو البيع ، والإستيفاء المشاهد فقولوا يفضي الى الضمان بسبب جديد وعندهم ذلك القبض الأول أفضى الى الضمان وذلك القبض لم يفض الى استيفاء فبطل جميع ما قالوه ، ولم يبق لهم في المسألة متعلق أصلاً .

وأما مسألة المقبوض على السوم ، فنحن انما أوجبنا الضمان هناك باجماع الصحابة فانه روى ان عمر رضي الله عنه ركب فرساً يشوره أيّ يستخرج منه سيره ليبتاعه فعطب تحته فحكّم شريحاً فقضى عليه بالضمان بحضرة الصحابة وقبله عمر رضي الله عنه ، ولم ينكر عليه أحد (١).

وعلى أن هناك قبضه ليملك عينه ، وههنا لم يقبض الرهن لإستيفاء عينه ، وأيضاً ذلك التملك اذا تحقق كان موجباً للضمان ، وههنا قد بينا ان الإستيفاء لو تحقق لم يجب الضمان .

وفي المسألة إلزامات مذهبية على أصولهم أعرضنا عنها لفقد الحاجة اليها .

والله أعلم بالصواب .

---

(١) هذا الأثر لم أقف عليه عن عمر .

(كتاب)

مسألة :

اذا أفلس الرجل في حال الحياة أو مات مفلساً ، وفي يده سلعة لباعة ولم يكن أوفى ثمنها فالباعة أولى بالسلع من سائر الغرماء ويفسخون العقد ويستردونها . (١)

وعندهم : الباعة وسائر الغرماء واحد وليس لهم حق على الإختصاص . (٢)

لنا :

حديث أبي هريرة ان النبي ﷺ قال : (أيّما رجل أفلس فأدرك / ماله بعينه فهو أحق به) . (٣)

---

(١) الحاوي الكبير : ٢٦٦/٦ ، المهذب : ٤٢٥/١ ، النكت ورقه ١٥٣/ب ، الروضة : ١٤٧/٤ ، شرح صحيح مسلم للنووي : ٢٢٢/١٠ .

وهو قول مالك وأحمد وعروة بن الزبير والأوزاعي واسحاق وزبو ثور ، وابن المنذر ، وروى ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة .

انظر : المغني : ٥٣٨/٦ ، معالم السنن : ٧٩٠/٣ ، شرح السنة للبغوي : ١٨٧/٨

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٥ ، مختصر القدوري : ٣١٩/١ ، الهداية : ٢٨٧/٣ ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٥٩٩/٢ ، شرح معاني الآثار : ١٦٧/٤.

(٣) رواه الامام مالك في الموطأ : ٨١/٥ مع المنتقى ، باب ما جاء في افلاس الغريم .

وأبو داود في سننه : ٧٩٠/٣ ، ٧٩١ ، مع المعالم ، باب في الرجل المفلس فيجد ...

والبغوي في شرح السنة : ١٨٦/٨ ، باب من اشترى شيئاً ثم أفلس ....

والبيهقي في سننه : ٤٥/٦ ، باب المشترى يفلس بالثمن .

وعبد الرزاق في مصنفه : ٢٦٤/٨ رقم ١٥١٦٠ .

وفي رواية أخرى (ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)[١]

وروى الثوري[٢] عن يحيى[٣] بن سعيد قال : أخبرني أبو بكر[٤] بن محمد ابن عمرو بن حزم ان عمر[٥] بن عبد العزيز حدّثه ان أبا بكر[٦] بن عبد الرحمن

---

(١) روى هذه الرواية البخاري في صحيحه : ٦٢/٥ مع الفتح ، باب اذا وجد ماله عند مفلس ....

ومسلم في صحيحه : ٢٢١/١٠ ، مع النووي ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري ..

والبيهقي في سننه : ٤٥/٦ ، باب المشترى يفلس بالثمن .

(٢) الثوري (سفيان) .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري النجاري (بالنون والجيم) المدني القاضي اسمه وكنيته واحد ، وقيل انه يكنى ابا محمد ثقة عابد ، من الخامسة مات سنة ١٢٠هـ وقيل غير ذلك ، روى له أصحاب الكتب الستة .

انظر : تقريب التهذيب ص ٣٩٦ .

(٥) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي أمير المؤمنين امه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب ، ولي إمرة المدينة للوليد ، وكان مع سليمان كالوزير ، وولي الخلافة بعده فعُدّ مع الخلفاء الراشدين ، من الرابعة مات في رجب سنة ١٠١هـ ، وله أربعون سنة ومدة خلافته سنتان ونصف ، روى له أصحاب الكتب الستة

انظر : تقريب التهذيب ص ٢٥٥ .

(٦) ابو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني ، قيل اسمه محمد ، وقيل : المغيرة ، وقيل ابو بكر اسمه وكنيته ابو عبد الرحمن ، وقيل : ==

ابن الحارث بن هشام حدّثه [١] انه سمع أبا هريرة يقول : قال رسول الله ﷺ (اذا ابتاع الرجل السلعة ثم أفلس وهي عنده بعينها فالبائع أحق بها من الغرماء) [٢] .

وروي عن عمرو بن دينار عن هشام [٣] بن يحيى عن أبي هريرة ان رسول الله ﷺ قال (اذا افلس الرجل فوجد البائع بعينها سلعته فهو أحق بها دون الغرماء) [٤]

(=) اسمه كنيته ، ثقة ، فقيه ، عابد ، من الثالثة ، مات سنة ٩٤ ، وقيل غير ذلك .
روى له أصحاب الكتب السته ، انظر : تقريب التهذيب ص ٣٩٦ .

(١) في سنن الدارقطني (أخبرني) .

(٢) رواه البيهقي في سننه : ٤٥/٦ ، باب المشترى يفلس بالثمن .
والدارقطني في سننه : ٣٠/٣ .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٢٦٥/٨ رقم ١٥١٦١ .
وابن الجارود في المنتقى ص ٢١٣ رقم ٦٣٠ .
والدارمي في سننه : ٢٦٢/٢ ، باب فيمن وجد متاعه عند مفلس ....
وقد صرحا في اسناديهما بالسماع .

(٣) هشام بن يحيى بن العاص بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني مستور ، من الخامسة ،
روى له ابن ماجة ، انظر : تقريب التهذيب ص ٣٦٥ .

(٤) رواه البيهقي في سننه : ٤٦/٥ ، باب المشتري يفلس بالثمن .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٢٦٥/٨ رقم ١٥١٦٢ .
والدارقطني في سننه : ٣٠/٣ .

وروى سليمان [١] بن بلال عن خيثم [٢] بن عراك عن أبيه [٣] عن أبي هريرة ان رسول الله ﷺ قال : (اذا أفلس الرجل فوجد الرجل عنده سلعته بعينها بعينها [٤] فهو أحق بها) [٥]

وهذه الألفاظ نصوص ، وعامتها في الصحيحين . [٦]

وقد أولوا هذه الأخبار وحملوها على الغصوب والودائع وعلى السلع قبل القبض[٧] ، وعلى ما اذا كان للباعة خيار .

ومن تأمل في ألفاظ الأخبار علم أنها مباينة لهذه التأويلات وانها لاتحتمل

---

(١) سليمان بن بلال التيمي ، مولاهم أبو محمد ، وأبو أيوب المدني ، ثقة ، من الثامنة ، مات سبع وسبعين ، روى له أصحاب الكتب الستة .
انظر : تقريب التهذيب ص ١٣٢ .

(٢) خيثم بن عمران بن مالك الغفاري روى عن أبيه ذكر ذلك ابن حجر في تهذيب التهذيب ١٧٢/٧ ، عند ترجمة والده (عراك بن مالك) .

(٣) عراك بن مالك الغفاري الكناني المدني ، ثقة ، فاضل ، من الثالثة ، مات في خلافة يزيد بن عبد الملك بعد المائة ، روى له أصحاب الكتب الستة .
انظر : تقريب التهذيب ص ٢٣٧ .

(٤) كذا في المخطوط بتكرار (بعينها) .

(٥) رواه مسلم في صحيحه : ٢٢٣/١٠ مع النووي ، باب من أدرك ما باعه ....
والبيهقي في سننه : ٤٦/٦ ، باب المشتري يفلس بالثمن .

(٦) انظر : صحيح البخاري : ٦٢/٥ مع الفتح ، باب اذا وجد ماله عند مفلس .....
وصحيح مسلم : ٢٢٣/١٠ ، مع النووي ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري .....

(٧) وممن ذكر هذه التأويلات الطحاوي في شرح معاني الآثار : ١٦٥/٤ .

ما قالوها بحال ، والسنة اذا صحت عن الرسول لابد من القول بها .

وقد رووا ان النبي عليه السلام قال : (البائع أسوة الغرماء) [١]

وهذا شئ رواه أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن النبي عليه الصلاة والسلام مرسلاً [٢] ، وهو أيضاً في الموت مفلساً [٣] لا على العموم .

وروى الليث بن سعد عن يحيى [٤] بن سعيد .... الخبر الذي رويناه ثم قال الليث : بلغنا ان ابن شهاب قال : أما مَنْ مات ممن أفلس ثم وجد رجل سلعته بعينها فانه أسوة الغرماء ، وحدّث به عن أبي بكر بن عبد الرحمن .

ومثل هذا لا يعارض ما روينا .

ونحتج من جهة المعنى مع وقوع الغنية بالنص فنقول :

البائع لم يسلم له مطلوبه من العوض فله أن يرجع الى مبذوله من العوض .

دليله : المشتري اذا لم يسلم له المبيع بأن يأبق قبل القبض أو يهلك أو يجد به عيباً فيرده فانه يرجع بالثمن المبذول ، وكذلك المسلم فيه اذا انقطع من أيدي

---

(١) رواه الامام مالك في الموطأ : ٥/ ٨١ مع المنتقى، باب ما جاء في افلاس الغريم مرسلاً.
وأبو داود في سننه : ٣/ ٧٩١ ، ٧٩٢ مع المعالم مرسلاً من طريق الامام مالك وقال (وهو أصح) .
وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/٢٦٤ رقم ١٥١٥٨ .

(٢) قال الخطابي في المعالم (مرسل غير متصل) المعالم ٣/ ٧٩٢ .
وقال الدارقطني في سننه : " ولايثبت هذا عن الزهري مسنداً ، وانما هو مرسل ... " ٣/ ٣٠ .

(٣) لقوله : " وان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء " .

(٤) يحيى بن سعيد الانصاري .

الناس أو أفلس المسلم اليه يرجع رب السلم في رأس المال .

وأعلم ان الوصف الذي قلناه في نهاية الإخالة ، لأن المبيع معوّض وملك المعوّض بملك العوض وسلامته بسلامته ، فإن البيع عقد مراضاة وثبوت موجبه يبتني على الرضا والبائع لم يرض بأن يملك عليه المبيع الا بثمنٍ يملكه ، وكذلك لم يرض بأن يسلم المبيع للمشتري الإ بثمنٍ يسلم له وهذا معلوم قطعاً .

والدليل عليه جانب المشتري فإنه اذا لم يسلم له المبيع رجع بالثمن للمعنى الذي قلنا ، كذلك في جانب البائع لأنهما ينزلان من العقد منزلة واحدة ويقومان مقاماً واحداً .

واذا ثبت هذا فنقول : اذا لم يسلم الثمن للبائع فات الرضا في سلامة المبيع للمشتري ففاتت السلامة فثبت له الرجوع وذلك بفسخ العقد ويمكن ان يُعبّر عن هذا فيقال : سلامة المبيع للمشتري مشروطة بسلامة الثمن للبائع ، فاذا لم يسلم الثمن للبائع فات شرط سلامة المبيع للمشتري ، واذا فات الشرط فات المشروط، وهذا لأن العقود في الحقيقة مشارطات شرعية فينظر الى الشروط الناشئة فيها وتبنى الاحكام عليها على مواجبها وخفاياها .

وأما الإشارة الى حقيقة المسألة هو ان تسليم الثمن واجب على المشتري بازاء تسليم المبيع اليه فاذا لم يسلم اليه وعجز عنه رجع البائع فيما سلّمه .

والدليل على ان تسليم الثمن واجب انه عوض مملوك بالبيع فيستحق تسليمه كالمبيع ، وهذا لأن الشئ يقصد بالملك لمقصود الوصول اليه والوصول بالتسليم ، فاذا لم يتحقق منه الوصول بالتسليم لم يتحقق فيه الملك ، وقد أجمعنا على ان الثمن مملوك فلابد من تحقق القبض والتسليم فيه .

يدل عليه : ان هلاك الثمن بمنزلة هلاك المبيع في بطلان البيع .

أما عندنا : فمعلوم .

وعندهم : اذا اشترى شيئاً بفلوس رائجة فكسدت بطل العقد بهلاك الثمن ، واذا كان هلاك الثمن كهلاك المبيع ففوات سلامته بالعجز يكون كفوات سلامة المبيع .

فهذه ووجوه واضحة على نهايته وغايته .

وأما حجتهم :

قالوا : فسخ العقد لو ثبت ثبت بالعجز عن تسليم الثمن فنقول : القدرة على تسليم الثمن لايشترط وجودها في ابتداء العقد لجوازه ففواتها من بعد العقد لايوجب ثبوت حق الفسخ .

دليله : نفس الملك .

ودليله : القدرة على إحضار الثمن في مجلس العقد ، وهذا لأن أمر البقاء أهون من أمر الابتداء على ما عرف / فاذا لم يعمل فوات القدرة في ١٢٦/ب ابتداء العقد فلأن لايعمل في البقاء أولى .

قالوا : والدليل على ان القدرة على تسليم الثمن ليست بشرط في الإبتداء لجواز العقد : أن القدرة على تسليم الثمن انما يكون لوجود المثمن في ملكه كما ان القدرة على تسليم المبيع بوجود المبيع في ملكه ، ولايشترط وجود الثمن في ملك المشترى لجواز شرائه بالإجماع ، فدل ان وجود قدرة على تسليم الثمن ليس بشرط .

ثم حقيقة الكلام لهم أن تسليم الثمن غير واجب ، انما الواجب تسليم بدله ، وهذا لأن الثمن دين في الذمة وتسليم الدين لايتصور ومالايتصور لايمكن ايجابه.

يبينه : ان الدين غير العين ، والتسليم لو وقع في عين فصار التسليم حاصلاً في غير ماهو عوض العقد الإ انا نجعل العين الذي يتناوله التسليم

عـوضاً عن الدين الذي وجب في ذمـته وثبـتت مبـادلة شرعـيـة بينهما أو نجعل المقبوض مضموناً على القابض ثم يثبت الإستيفاء بطريق المقاصة على ماسبق في كتاب الرهن .

قالوا : وهذا أولى مما تقولون انا نجعل العين المقبوضة كأنها الدين ، لأنه قلب للحقيقة ، والحقائق لايجوز تعكيسها وتقليبها الا لضرورة ، ولاضرورة في مسألتنا لما بينا انه يمكن تقرير الدين على حقيقته وجعل العين المقبوضة عوضاً عنه وهذا في البيع .

وأما في السلم فلا يمكن اعتبار هذا المعنى ، فإن الإستبدال بالمسلم فيه لايجوز، فقلنا ان العين المقبوضة هى الدين حكماً وقلبنا الحقيقة بالضرورة ، واذا ثبت هذا فنقول :

العجز عن تسليم الثمن لم يوجد ، وانما يوجد العجز عن تسليم ما هو عوض عن الثمن ، والفسخ الذي يثبتونه انما يكون بسبب العجز عن تسليم ما هو عوض في العقد لا عن تسليم ما هو عوض العوض .

قالوا : ولايلزم على ما قلنا اذا عجز المكاتب عن أداء النجوم حيث يثبت للمولى حق الفسخ مع لزومه من قبله ، لأن العوض المذكور ليس بعوض حقيقة لأنه لايجوز أن يجب للسيد على مملوكه شئ ، وانما هو عوض من طريق المجاز ، واذا لم يكن عوضاً حقيقة صار العتق مبذولاً بازاء دراهم يؤديها العبد فيملكها السيد فصار العتق بازاء ملك الدراهم عيناً فاذا لم يوجد يثبت حق الفسخ ، وفي مسألتنا عوض حقيقة ولو ثبت فسخ العقد لثبت بالعجز عن تسليمه ، وقد بينا انه لايوجد .

قالوا : وأما مسألة كساد الفلوس فانما بطل العقد في تلك الصورة لفوات الثمن أصلاً ، والعقد قيامه بمبيعٍ وثمن فاذا فات الثمن لم يتصور بقاء العقد ،

وفي مسألتنا الثمن باقٍ والموجب للفسخ ما بيناه ولم يوجد .

وقد سلك بعضهم طريقة أخرى وقال : العجز عن تسليم الثمن لم يوجد بافلاس المشتري حساً ولا بموته مفلساً ، لأن سبب القدرة وجود المال في العالم وأهلية تملكه لابوجود ملكه له بدليل الابتداء ، وهذا المعنى بعد الفلس موجود ، ولأنه اذا كان حيّاً فأفلس فيجوز أن يرتفع قيمة المتاع التي في يده فيفي الثمن بجميع الدين ، ويجوز أن يبرئ بعض الغرماء فيقضى بالثمن دين البقية ، ويجوز أن يختص المفلس بعض الغرماء بقضاء الثمن ، وأما اذا كان ميتاً فيجوز أن ترتفع قيمة السلعة ، ويجوز ان يبرئ سائر الغرماء الميت عن الدين فيسلم ماله للبائع فيقضى ما هو واجب له ، فثبت ان العجز لايتحقق بالفلس فلايثبت فسخ العقد وعلى هذه الطريقة منعوا اذا أفلس المسلم اليه وانما يُسلّمون اذا أسلم في رطب فانقطع ، وفي هذه الصورة قد تحقق العجز .

قالوا : وفي مسألتنا لو كان الثمن شيئاً انقطع عن أيدى الناس نقول يثبت فسخ العقد ، والأول طريقة أبى زيد ، والثاني لبعض المتأخرين ، وقد اعتمدوا عليه أيضاً .

وأما مشايخهم :

قالوا : حق البائع وسائر الغرماء يتعلق بالمال تعلقاً واحداً بسبب واحد في وقت واحد فلايقدم البعض على البعض وانما قلنا ذلك ، لأن سبب التعلق موته مفلساً ، وهذا المعنى واحد في حق البائع وجميع الغرماء ، وهذا لأنه بالبيع أزال ملكه وبالتسليم ازال يده فلم يبق له حق فاستوى هو وجميع الغرماء في ذلك ، كذلك ههنا .

قالوا : ولأن فسخ العقد باعتبار العجز عن تسليم الثمن باطل بدليل السلعة الهالكة ، وهذا لأن الثمن معقود به ، والمبيع معقود عليه والمعقود به

تبع للمعقود عليه فالفسخ بالعجز عن تسليم الأصل لايدل على ثبوت الفسخ بالعجز عن تسليم التبع وخرجوا عن هذا السلم .

وقالوا : هلاك رأس المال لايمنع الفسخ بالعجز عن تسليم المسلم فيه ، وكذلك اذا تبايعا عوضاً بعوضٍ فهلاك أحد العوضين لايمنع فسخ / ١٢٧/أ العقد لوجود العيب بالعوض الثاني .

واستدلوا : بما لو كان المشترى رهن المبيع من انسان ثم أفلس المشترى لايثبت حق الفسخ .

فان قلتم : لأجل حق المرتهن لايثبت الفسخ فهاهنا أيضاً وجد حق الغرماء فلأجل حقهم وجب أن لايفسخ العقد .

يدل عليه : أن حق البائع مقدم على حق المرتهن ، لأن سببه أسبق فاجعلوا حقه مقدماً على حق المرتهن فافسخوا العقد ان كان قد وجد سببه .

الجواب :

أما الطريقة الأولى قولهم : " ان القدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لجواز العقد ".

قلنا : بل هو شرط ، الاّ ان القدرة تعرف بظاهر أمر لابحقيقة ، وذلك الظاهر هو أن الرجل لما أقدم على الشراء مع علمه ان الثمن يتوجه عليه فالظاهر انه قادر على تسليمه فثبت القدرة على تسليم الثمن تمسكاً بهذا الظاهر الاّ انه لم يعتبر وجوده في ملكه ، لأنا لو اعتبرنا ذلك أدى الى حرجٍ ظاهرٍ يلحق الناس والحرج مدفوع بنص الكتاب فسقط اعتبار وجوده في ملكه لهذا المعنى .

وأما أصل القدرة لسهولة التسليم يعتبر وقد وجد دليل القدرة بسهولة التسليم

عليه وهو إقدامه على الشراء مع علمه بوجوب الثمن عليه وتوجه المطالبة به .

والجملة ان اسقاط تأثير العجز عن تسليم الثمن باطل ، لأن العجز مفوت للوصول الى الثمن المستحق بالعقد ، ويستحيل أن لايكون لفوات الوصول الى الثمن المستحق بالعقد تأثير في العقد ، لأنه عقد استحقاق ، والمطلوب به الوصول الى المستحق ، وعلى ان عندنا لافرق بين الإبتداء والبقاء فان العجز بالفلس اذا قارن العقد لم يلزم العقد ، وكذلك اذا باع من مفلس شيئاً ولم يعلم تفليسه واذا طرأ فات اللزوم أيضاً ، وينتقض ما قالوه بالسلامة عن العيب فانها ليست بشرط لجواز العقد في الإبتداء ثم اذا فات في البقاء يثبت حق الفسخ .

وأما قولهم : " ان تسليم الثمن غير متصور " .

قلنا : ليس كذلك ، لأن التسليم يجب بقدرة الإمكان في كل موضع وقدر الممكن في تسليم الديون ايجاب تسليم امثالها من الأعيان .

وقولهم : " ان الدين لايكون عيناً بحال " .

قلنا : وجوب الدين في الذمة في الإبتداء انما صح ليصير عيناً بالتسليم ولولا اعتبار هذا لم يجب ، لأن ايجاب الشئ بلا وصولٍ اليه لايكون مفيداً والشرع لايأتي بما لايفيد .

وقولهم : " ان هذا خلاف الحقيقة " .

قلنا : وملك الدين في الذمة خلاف الحقيقة ، واذا ثبت ملك الدين في الذمة بخلاف الحقيقة يثبت تسليم الدين أيضاً بخلاف الحقيقة .

فإن قالوا : الملك أمر حكمي والتسليم أمر حسّي " .

قلنا : ثبوت الملك المحكوم كان لفائدة هذا المحسوس ولولاه لم يثبت فاذا ثبت ذلك الملك فلابد من بناء تصور التسليم عليه .

وقولهم : " ان العين المقبوضة يدل عن الثمن الواجب " .

قلنا : العوض الذي يجري فيه التسليم لايجوز أن يكون عوضاً الاّ عما يجري فيه التسليم فلولا ان الثمن مال يستحق تسليمه لم يتصور أن يكون عنه عوض يستحق تسليمه ، وعلى ان ما قالوه يبطل بالسلم فانه لاشك فيه ان المقبوض نفس المسلم فيه .

وقولهم : " ان هناك ضرورة " .

قلنا : وهاهنا ضرورة " .

فإن قالوا : وما تلك الضرورة ؟

قلنا : هي أن يكون العوض الواجب بعقد الإستحقاق مقصود الوصول اليه، لأنه لو لم يكن كذلك لم يستحق بالعقد على ما سبق .

وأما طريقتهم الثانية :

فليست بشئ ، لأن المسألة مصورة فيما اذا وقع العجز عن التسليم ، فاذا قالوا: لاعجز فلاتكون المسألة ، وقد أجمع الفقهاء على تصور المسألة ، ولأنه اذا كان له ألف وعليه دين عشرة آلاف والغرماء كلهم يطالبون وقد ضيقوا الامر عليه فقد تحقق العجز قطعاً ، والذي قالوا من التوهمات فكلها من المعاني الباطلة وهي لاتغني عن نقير ولاقطمير ، وهذا لأنه قد تحقق العجز في وقت استحقاق التسليم فكيف يبطل عمله بتوهم وأمنية ؟، وهذا كالعبد يأبق قبل القبض يثبت للمشتري فسخ البيع ولم يعتبر توهم عود العبد .

وأما طريقة مشايخهم :

فهي طريقة مَنْ لم يعرف المعنى الذي نشأ منه الخلاف لأن عندنا لايثبت فسخ العقد لبقاء حق له في المبيع وانما ثبت فسخ العقد لمعنى يعود الى الثمن وهو عجزه عن تسليمه وهذا كما لو باع عوضاً بعوض وسلم أحد العوضين ثم عجز

بائع العوض الآخر عن تسليمه ثبت له فسخ العقد والرجوع في العوض الذي سلمه وان كان قد أسقط حقه بالبيع والتسليم ولكن كان المعنى فوات التسليم في العوض الآخر
أما تعلقهم بما لو هلك المبيع عند المشتري فنقول :

انما لايفسخ بعد الهلاك لعدم الفائدة / فانه قبل الفسخ يضارب ١٢٧/ب بالثمن وبعد الفسخ يضارب بالقيمة ، والمضاربة واحدة في الحالتين .

فان قالوا : اجعلوه أولى بقدر القيمة .

قلنا : لايمكن ، لأنه لايكون أكثر من مال الغير مغصوب فهلك في يده ، ولو كان كذلك كان أسوة الغرماء ولم يكن أحق بشئ من بينهم .

فإن قالوا : ما قولكم اذا كانت قيمة المبيع أكثر من الثمن ، وفي هذا الموضع يفيد الفسخ ليضارب بقدر القيمة .

قلنا : يفسخ هاهنا .

ونقول في المسألة التي صوّر من وجود العيب اذا كان صاحبه مفلساً ، واذا ردّ لايزيد المضاربة على قدر الثمن لايرد أيضاً . [١]

وأما المسألة الثانية وهي اذا رهن المشترى المبيع من انسان .

قلنا : انما لم يصح العقد في هذه المسألة لتعلق حق المرتهن بالعين المبيعة وهو حق مقدم على حق الغرماء بالإجماع بدليل سائر المواضع ، ولهذا نقول في بيع العوض بالعوض اذا اسلم احدهما ورهن المشتري ثم وجد الآخر بما اشتراه عبيا لايسترده من المرتهن .

وقولهم : " ان حق البائع اسبق " .

---

(١) هكذا العبارة في المخطوط .

قلنا : سبب حقه سابق ، أما حق المرتهن متقدم على حق البائع وسبب الحق لايقدم على الحق .

وأما الذي قالوا : ان الثمن لايكون معقوداً عليه وانما هو معقود به والمبيع معقود عليه .

قلنا : عندنا كل واحد منهما معقود عليه ، وقد سبق في مسألة تعيين الدراهم وعلى انا ان سلمنا انه معقود به لكنه مقصود وفي العجز عنه فوات المقصود ، وقد عمل الشرع أبدع من هذا فانه لو شرط البائع رهناً بالثمن ثم عجز المشتري عن تسليمه فللبائع فسخ العقد فاذا كان العجز عن تسليم الوثيقة بالثمن يثبت حق الفسخ ففي تسليم المعقود به وهو الثمن أولى . والله أعلم بالصواب .

﴿ مسألة الحجر ﴾

الحجر على السفيه المبذّر مستحق عندنا وهو قول أكثر أهل العلم .[١]

وعند أبي حنيفة : لايحجر على الحر البالغ[٢] ، ووافقه زفر .

وأما صاحباه أبو يوسف ، ومحمد قالا : بقول أكثر أهل العلم[٣] فقد قال أبو حنيفة في موضع لا يحجر على الحر إلاّ على ثلاثة نفر : المفتي الجاهل ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفلس[٤] ، وهذا عندهم ليس بحجر على الحقيقة انما هو مجرد زجر ومنع لئلا يضروا بالناس في أديانهم وأجسامهم وأموالهم .[٥]

---

(١) الأم : ١٩٥/٣ ، المهذب : ٤٣٦/١ ، الحاوي : ٣٥٤/٦ الروضه : ١٧٨/٤ ، المغني ٥٩٥/٦ ، قال ابن قدامة : " قال ابن المنذر : أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ، ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً وهذا قول القاسم ابن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال : مالك والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد .... " أ .هـ .

(٢) المبسوط : ١٥٧/٢٤ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٨٩/١ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٣/٩ ، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب : ٦٠٤/٢ ، مختصر القدوري : ٣١١/١ ، رؤوس المسائل ص ٣١٠ . الدر المختار : ١٤٨/٦ مع حاشية ابن عابدين ، مختلف الرواية ورقة ١٩٨/ب ، إيثار الانصاف ص ٣٨١ .

(٣) مختصر القدوري : ٣١٢/١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٨٩/١ .

(٤) المبسوط : ١٥٧/٢٤ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٣/٩ .

(٥) المبسوط : ١٥٧/٢٤ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٤/٩ .

وأما منع المال من السفيه :

فعندنا : لا إشكال في ثبوته .[١]

وعند أبي حنيفة : يمنع منه المال حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فاذا بلغ هذا السّن أُطلق عن ماله ويسلم اليه يعمل فيه ما يشاء .[٢]

لنـا :

ان الشرع ناظر ، والسفه معنى مخيل في ايجاب النظر ، والحجر نظر ، فوجب الحجر نظراً .

دليله : الحجر في حق الصغير .

وانما قلنا : " ان السفه مخيل في ايجاب النظر " لأنه تارك للنظر لنفسه والشرع ناظر لِمنْ لاينظر لنفسه كما هو ناظر لِمَنْ ليس بأهل النظر ، وهذا لأن المعتبر فوات النظر ولا فرق في فوات النظر بين أن يكون لفقد الأهلية وبين أن يكون بتركه النظر لنفسه مع وجود الأهلية فنقول مَنْ فاته النظر نظر له الشرع ، دليله : الصغير .

وأما قولنا : " ان في الحجر نظراً " ، لأنه بالحجر يبقى ماله محفوظاً عليه ، والسفه سبب مضيع للمال ففي ترك الحجر عليه وتخليته وسفهه ترك النظر له ، وفي الحجر عليه ومنعه من التصرفات نظر له ، ثم الدليل على هذا الأصل الذي قلناه فصل منع المال ، فإن السفيه يمنع منه المال نظراً له فيحجر عن التصرف نظراً له أيضاً .

---

(١) النكت : ورقه : ١٥٥/ب .

(٢) مختصر القدوري : ٣١٢/١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤٨٩/١ ، المبسوط : ١٦١/٢٤ ، بدائع الصنائع : ٤٤٦٧/٩ ، الدر المختار : ١٥٠/٦ ، مع حاشية ابن عابدين .

يبينه : ان النظر لايكمل بمنع المال مع اطلاق التصرف فانه ان لم تصل يده الى هذا المال ليهب ويتبرع فيتصرف بالمحاباة والبياعات المغاينة [١]، ويقر بماله لمن يهواه ويحبه فثبت ان النظر لايكمل إلاّ بالحجر فوجب الحجر لكمال النظر .

وعلى أنهم قالوا انه يمنع منه المال حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فاذا بلغ هذا القدر من السن يُسلم اليه المال ، فان كان يمنع منه المال قبل بلوغه هذه المدة لسفهه فليمنع من بعد ، لأن السفه موجود ، وان كان يسلم اليه بعد بلوغه هذه المدة بعقله فليسلم اليه من قبل ، لأن العقل موجود ، فهذه مناقضة فاحشة لايلتزمها مَنْ له أدنى سمة من الفقه .

ويمكن أن يقال ان منع المال أحد الحجرين ، لأنه بملكه المال يستحق اليد كما يستحق التصرف ، وكما ان دفع المال أحد الإطلاقين ثم السفه لما أوجب أحد نوعي الحجر فليوجب الآخر .

يدل عليه : ان منع المال حجر من التصرف محسوساً لأنه لايمكنه التصرف في ماله إلاّ / بالتسليم فاذا أوجب السفه حجراً حسّاً فليوجب حجراً شرعياً بل ١٢٨/أ هذا أولى . لأن الحجر محسوساً أبلغ من الحجر مشروعاً ، فإذا ثبت أبلغ نوعي الحجر بالسفه فلئن يثبت الثاني أولى .

وأما حجتهم :

قالوا : حر عاقل بالغ فلا يحجر عليه في التصرفات كالرشيد ، وربما قالوا : مكلف فلا يمنع من التصرف بحقه كالرشيد ، وهذا لأن العقل يفيد أهلية التصرف والملك يفيد محلية التصرف فاذا اجتمعت الأهلية والمحلية صح التصرف ولم يمنع منه بحال .

---

(١) كذا في المخطوط .

يبينه : ان التصرف حقه ولو منع منه لمنع بحقه وحقه لايمنع حقه .

ومعتمدهم في فقه المسألة : ان البالغ انما يطلق عنه الحجر لعقله ، والعقل قائم بعد السفه فبقى له اطلاق الحجر والدليل على بقاء عقله على ما كان الحسّ والعيان ، ولأن خطاب الشرع عليه مستمر حسب ما كان من قبل ، قالوا : ولايجوز أن يقال انه ناقص العقل ، لأنه لو كان ناقص العقل لأثّر في خطاب الشرع ، وهذا لأن السفه ليس بمنقصٍ للعقل ولا معدم إياه ، انما غاية ما في الباب انه يكابر عقله ولا يجري على سنن العقلاء فاستحق التأديب والزجر ، وعندنا : يزجر ويؤدب ، فأما الحجر مع وجود كمال العقل فمحال .

ثم قالوا : نقصان العقل وكماله أمر في الباطن لايوقف عليه فلو اعتبرناه لإدارة أحكام الشرع عليه أدى الى الحرج فنقل الشرع ذلك الى بلوغه ، لأنه زمان اعتدال العقل في الغالب وأدار الحكم عليه وجوداً وعدماً ، فان وجد نقصان عقل أو ترك طريقة العقلاء لم ينظر الشرع اليه واعتبر السبب الظاهر وهو بلوغه

قالوا : وأما قولكم : " ان السفه مخيل في ايجاب النظر " .

قال : ليس كذلك ، لأن السفه جناية ، والجناية لاتوجب النظر لكن يجوز أن تكون موجبة للعقوبة والتأديب ، ونحن نزجره ونؤدبه ليترك السفه ويأخذ طريق أهل الرشد .

وأما الصبي فلم يبلغ زمان اعتدال العقل ، فلهذا استمر عليه الحجر بخلاف السفيه على ما سبق .

والدليل على الفرق خطاب الشرع فان السفيه يخاطب بخلاف الصبي .

ويدل عليه : ان اقرار الصبي بالحدود والقصاص باطل ، واقرار السفيه جائز وطلاقه باطل ، وطلاق السفيه واقع ، وكذلك نفس الصغر يوجب الحجر ونفس السفه لايوجب الحجر ما لم يوجد الحجر من الحاكم ، وليس المفرق بين الصورتين

في هذه المواضع إلا ما قلنا من وجود العقل المعتبر من العاقل وعدمه في الصغير . وقد اعتمد بعضهم في التعلق بالحكم على فصل الاقرار بالحدود والقصاص وقال : السفه لم يوجب الحجر في التصرفات الواردة على النفس والدم فلا يوجب الحجر في التصرفات الواردة على المال ، وهذا أولى لأن النفس أعز من المال والنظر لها أولى فاذا اعتبرنا أصل العقل في التصرفات الواردة على النفس ولم ينظر الى السفه العارض فكذلك في تصرفات المال يكون كذلك.

قالوا : وأما منع المال عنه فهو نوع تأديب فان السفه في الغالب يظهر في التبرعات والهبات ، فاذا منعنا منه المال لم يصل يده الى أمواله ليبذرها بالهبات والتبرعات فيتأدب ويتهذب إلاّ ان هذا التأديب والتهذيب انما يستعمل فيه مادام يرجى منه الرشد فأما اذا بلغ خمساً وعشرين سنة وصار بحيث يصلح أن يكون جداً نفع الناس في الغالب أن يهذبه ويؤدبه ، وقال به فنخلي وعقله ، وأنما قلنا يصلح أن يكون جداً ، لأن أقل مدة تحبل المرأة من الانسان وتلد عنه انما هو اثنا عشر سنة ، وهذا على أصلهم .

وربما يقولون يمنع منه المال لسفهه ولا يحجر عليه لوجود أصل العقل فيه ، فلو قلنا يحجر عليه في التصرفات كما منع منه ماله أدى الى تعطيل اصل عقله والإعراض عنه وهذا لايجوز ، والأولى من أعذارهم أن يحيلوا في منع المال على النص وهو قوله تعالى :(فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)(١) ثم يقولوا : لايقاس الحجر على منع المال، لأن الحجر عن التصرفات أعظم من منع المال ، فان بمنع المال عنه يلتحق بفقير معدم .

وبمنعه من التصرفات يلتحق ببهيمة ، وليس اذا ألحق بفقيرٍ ما يدل على انه يلحق ببهيمة .

---

(١) سورة النساء آية (٥) جزء من آية .

وأما اذا بلغ خمساً وعشرين سنة فيقلّ سفهه بمضي هذه المدة عليه بلا اشكال فان منتهى زمان البلوغ عندي ثمان عشر سنة وبعد سبع سنين الى خمسة وعشرين سنة ، وهذه مدة حدوث كياسة طبيعته / معتبرة في الشرع حتى ان ١٢٨/ب الصبي اذا بلغ سبع سنين يؤمر بالصوم والصلاة ، كذلك ههنا اذا مضت هذه المدة بعد البلوغ حدث عقل تجربة على العقل الطبيعي فينقص السفه الذي هو ترك لطريقة العقلاء أو مكابرة العقل فمنع المال من قبل لايدل على منع المال عند بلوغه هذه المدة .

وربما ينقلون عن الفراء أبى زكريا[١] يحيى بن زياد [٢] أنه قال في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [٣] قال : اذا بلغ خمساً وعشرين سنة . [٤]

واستدلوا أيضاً بالولاية في النكاح فانها غير تامة على السفيه .

قالوا : فكذلك الولاية في سائر التصرفات وكما يوجد بتبذير المال بالبياعات يوجد بكثرة الأنكحة وربما يكون التبذير بهذه الجهة أكثر .

---

(١) في المخطوط (أبى بكر) والتصويب من العبر في أخبار مَنْ غبر : ٢٧٨/١ .

(٢) الفراء : أبو زكريا يحيى بن زياد الديلمي كان أعلم الكوفيين بعد الكسائي ، له معاني القرآن ، والمذكر والمؤنث ، توفي سنة ٢٠٧هـ .
طبقات النحويين ص ١٣١ ـ ١٣٣ ، بغية الوعاة : ٣٣٣/٢ ، العبر : ٢٧٨/١ ، البداية والنهاية : ٢٧٢/٩ .

(٣) سورة النساء آية (٦) .

(٤) لم أجد من نسبه اليه فيما اطلعت عليه .

الجواب :

قولهم : " حر عاقل بالغ "

هذا تمسك بمجرد صورة .

وكذلك قولهم : " مخاطب مكلف " وهذا لأنه وان كان حراً عاقلاً بالغاً لكنه سفيه ، فَلِمَ قلتم ان البلوغ والعقل ينافيان الحجر عند معارضة السفه إياهما ؟، وهذا لأن تبذير المال وتضييعه حرام ، وقد ذم الله تعالى المبذرين بنهاية المذمة قال الله تعالى : ﴿ إنَّ المُبَذِّرِينَ كَانُوا إخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورا ﴾ (١)

فوجب المنع من التبذير والحجر منع من التبذير .

وأما قولهم : " انه وجدت أهلية التصرف ومحلية التصرف " .

قلنا : قد بينا ان السفه قد عارض العقل فمنعه من العمل ، وعلى انا نقول ان العقل مع الرشد سبب اطلاق الحجر فأما بدون الرشد فلا ، واذا تحاكمنا الى المعاني فالرشد أولى بالإعتبار من البلوغ ، لأن الرشد يحمله على الإصلاح في المال واعتبار البلوغ مجرد صورة وليس فيه دليل على امتناع من تضيع أو إكتساب لإصلاح في مال انما هو مجرد بلوغ مدة ومضي زمان فنقول اذا اعتبر البلوغ فلأن يعتبر الرشد أولى .

فإن قالوا: نحن لانعتبر البلوغ وانما نعتبر العقل والبلوغ عَلَمٌ على العقل.

قلنا : ينبغي أن لانعتبر عقله قبل البلوغ ، وبالإجماع هو معتبر .

ثم يقال لهم : هل تعتبرون الرشد مع العقل ؟ فإن قالوا : لانعتبر .

---

(١) سورة الاسراء آية (٢٧) .

قلنا : اذا اعتبر العقل فالرشد أولى ، لأن الرشد استعمال العقل ، والعقل لايراد لعينه انما يراد لاستعماله فاذا اعتبر أصل العقل فلئن يعتبر استعماله أولى .

ويقال أيضاً نقصان العقل بالصغر انما يؤثر لتوهم السُّفه فاذا كان توهم السُّفه يؤثر فحقيقة السُّفه أولى .

وأما قولهم : " ان السُّفه جناية ، والجناية لاتوجب النظر " .

قلنا : بل يوجب ، لأن جميع الزواجر المشروعة بالجنايات نظر للعباد ، وهذا لأن الشرع ناظر للعباد على الدوام ، والسُّفه ترك النظر من العبد لنفسه ، وترك النظر من العبد لايوجب ترك النظر من الرب له ..

ويمكن أن يقال ان الحجر عقوبة ونظر جميعاً مثل منع المال سواء .

وأما قولهم : " انه ليس بناقص العقل " .

قلنا : يكفيه تركه طريقة العقلاء ومكابرة عقله على ما سبق شرحه .

وأما فصل منع المال :

فهي في نهاية الإشكال عليهم .

وقولهم : " انه للتأديب " .

قلنا : فاجعلوا كذلك في مسألتنا ، ثم هو نظر وتأديب جميعاً .

وكذلك نقول في الحجر ثم ينتقض بما اذا بلغ خمساً وعشرين سنة .

وقولهم : انه وقع اليأس عن رشده .

وادعوا [١] يه هذيان ، لا بل لايقع اليأس مادام في الأحياء كما لايقع اليأس من توبته عن الفواحش ، بل الرجاء كلما طعن في السن أكثر ، وعلى ان هذا

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (وما ادعوا به ......) .

يقتضي ان كل مَنْ يزجرُ عن جناية ومعصية قبل بلوغه هذا السن فاذا بلغ هذا السِّن يُخلّى حتى يفعل ما يشاء ، ويقال قد وقع اليأس عنه وهذا لايقول به أحد .

وقولهم " في الحجر تعطيل أصل عقله " .

قلنا : لا ، لأن الخطاب عليه متوجهة وطلاقه واقع ، وإقراره بالحدود والقصاص جائزة لعقله .

وقولهم : " ان المنع بالنص غير معقول المعنى " .

قلنا : لايجوز ترك طلب المعاني بمثل هذا القول خصوصاً إذا كانت المعاني مخيلة مؤثرة .

وأما قولهم : " انه اذا بلغ هذا السِّن اتنقص سفهه " .

قلنا: الكلام فيمن يستمر عليه السَّفه والذي قال انه حدث عقل تجربة.

قلنا : وجد سفه تجربة أيضاً فان ركوب الهوى يدعو الى أمثاله والسفه يجلب السفه فليس فيما قالوه طائل .

وأما تعلقهم بالإقرار بالحدود والقصاص : فنقول سبب المنع هو السَّفه فيمنع في محل السَّفه ومحل السَّفه هو المال دون النفس فان شفقته على نفسه تمنعه من اهلاك نفسه ، وهواه وشهوته يحملانه على اهلاك المال ، ولهذا المعنى يُخلّى ونفسه ولايُخلّى وماله بل يمنع على ما سبق .

وهذا معتمد في هذا الفصل .

وأما فصل الطلاق فليس بتصرف في المال ، ولهذا لايمنع منه / السَّفه . ١٢٩/أ

والحرف : ان الطلاق ليس بتصرف في محل السفه بخلاف التصرفات التي اختلفنا فيها .

وكذلك الجواب عن النكاح إلا أن النكاح لما كان لاينفك عن المال لحقه نوع حجر لاتصاله بالمال حتى لايجوز ان ينكح بنفسه ولايجوز أن يتصرف عليه الولي

أيضاً لما بينا انه ليس بتصرفٍ في ماله حتى أن الولي لو عيّن له المرأة والمهر يجوز أن يتزوج ولو رضى السّفيه يجوز أن يزوجه الولي أيضاً .

وأما قولهم : " انه لايصير محجوراً عليه بنفسه " .

قلنا : قد منع على أحد الوجهين ، وان سلم على ظاهر المذهب فلأن السفه والرشد يوقف عليهما بالإجتهاد فلم يكن بد من نظر الإمام حتى يجتهد فاذا وقف عليه حجر عليه بخلاف الجنون فانه بمنزلة النص المغني عن الإجتهاد .

والله تعالى أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين .

﴿ كتاب الصلح ﴾

مسألة :

الصلح على الانكار [١] باطل عندنا . [١]

وعندهم : هو صحيح . [٢]

لنا :

ان الصلح معاوضة ، ولا عوض في الصلح على الإنكار فبطل الصلح .

وانما قلنا : " لا عوض فيه " ، لأن مال الصلح لابد له من عوض في الجانب الثاني يستحقه من يستحق عليه مال الصلح ، ومال الصلح مستحق على المدعى عليه ولا عوض يستحقه في مقابلته ، لأن عوضه لو كان لكان هو العين المدّعاة والعين المدّعاة ليست بملك للمدعى حتى يستحقها المدعى عليه بإزاء ما يبذله ويعطيه من مال الصلح ، بل هي ملك المدعى عليه وبحجة يده ، فثبت انه لاعوض يقابل مال الصلح ، واذا فُقدَ العوض فقدت المعاوضة ، وقد بينا ان

---

(١) صورة الانكار : أن يدعى رجل على رجل ديناً أو عيناً والمدعى عليه ينكر ثم يقول : صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك ... ايثار الانصاف ص ٣٧٢ .
الأم : ١٩٧/٣ ، المهذب : ٤٣٩/١ ، معالم السنن : ٢٠/٤ ، النكت ورقه : ١٥٦/أ ، روضة الطالبين : ١٩٨/٤ ، الحاوي : ٣٦٩/٦ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٩٨ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤١١/١ ، الاسرار : ١٨٧/٢/ب رؤوس المسائل ص ٣١٥ ، البدائع : ٣٤٩٢/٧ ، كنز الحقائق مع شرحه البحر الرائق : ٢٥٦/٧ ، إيثار الإنصاف ص ٣٧٢ ..

الصلح معاوضة فاذا فقدت المعاوضة لابد من بطلان الصلح .

وقد قالوا : ان المدّعى معتاض عما لايملكه فصار كما لو باع ملك الغير ليكون العوض له ، والمدعى عليه باذلٌ للعوض من غير شئ يقابله فبطل أيضاً فلم يبق لتصحيح الصلح وجهٍ ما .

ثم الدليل على انه لم يثبت للمدعى حق بدعواه انه لايخلو : -

إما أن يثبت بنفس قوله أو بوجود حجة على قوله ولايجوز أن يثبت بنفس قوله لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة .

وانما لايكون حجة لأن أحد وجهي الإحتمال يعارضه الآخر فسقط موجبه ، ولايجوز أن يكون بوجود حجة ، لأن الحجة هي البينة ولو[1] توجد ، ولأن قول المدعى في الإثبات عارضه قول المدعى عليه في النفي فسقط قول المدعى بالمعارضة .

يبينه : ان الشرع جعل القول قول المدعى عليه لوجود يده في العين ان كانت الدعوى في العين ولتمسكه بأصل برآءة ذمته إن كانت الدعوى في الدين اذ الأصل أن لا شئ عليه .

واذا صار القول قول المدعى عليه بحجة شرعية سقط قول المدعى .

وقد دل على هذا الأصل الذي ادّعيناه قوله عليه السلام (لو اعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دمآء قوم واموالهم) فأخبر ان الدعوى لايجب بها شئ .

والحرف الوجيز في المسألة : ان نقول : أخذ المال بالصلح على الإنكار أكل مال بالباطل ، لأنه لاجهة لصحته في الشرع فهو كرشوة يعطيها إنساناً ليكف عن ايذائه أو لئلا يقصده في ماله ونفسه ولايسعى به الى السلطان وهو حرام بالإجماع كذلك ههنا .

---

(١) كذا في المخطوط ولعله " ولم " .

والذي نريده تقريراً ان حقيقة الرشوة بذل مال الانسان ليكف عن ما يجب الكفّ عنه أو ليفعل ما يجب عليه فعله بأصل الشرع .

والحال في مسألتنا من هذا القبيل ، لأن المدعى عليه يبذل ماله للمدعى ليكف عن منازعته وخصومته وعليه ذلك ان لم يكن عنده حجة وان كان عنده حجة فيقيمها أو يحلف المدعى عليه .

فأما مخاصمته واذاءه ليأخذ مالاً عنه فحرام بالإجماع .

وأما حجتهم :

تعلقوا بعموم قوله تعالى : ﴿ والصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[1] .

ونقل آثار عن جماعة من الصحابة ادّعوها يوافق مذهبهم وقالوا : الحق ثبت للمدعي بدعواه في حقه ، لأن قول الانسان محمول على الصدق ماأمكن ، ولأن جانب الصدق أرجح من جانب الكذب ، لأنه مدعو اليه لعينه ، ولأن عقل الانسان ودينه يحملانه عليه . وأما الكذب فانما يرتكبه الإنسان لغرضٍ يحمله عليه .

ويدل عليه من جهة الحكم : / ١٢٩/ب

ان المدعي لو أبرأ المدعى عليه عن ما ادعاه صح إبراءه وهذا لثبوته في حقه .

ولهذا لو أراد أن يدعى بعد ذلك لم يكن له ، اذا كان الحق الذي ادعاه محل الإبراء كان محل الصلح ، ولأنه لو ادعى عينا في يد انسان انها ملكه فقال ذو اليد : ليست العين لي ولا أدري لمن هي ؟ فانه يجوز للمدعي اخذها ويمكّن من ذلك ولا يمنعه الإمام عنها ولولا ان بنفس الدعوى تثبت الشئ له في حقه والإ لم يجز له الأخذ .

---

(١) سورة النساء آية (١٢٨) جزء من آية .

قالوا : وأما قول المدعى عليه في النفي فهو قول مسموع شرعاً من المدعى عليه لدفع المدعى عن نفسه على معنى انه لايثبت ما ادعاه في حقه ، ونحن انما ادّعينا ثبوته في حق المدعى .

فان قلتم على مَنْ يثبت ؟

قلنا : يثبت على المدعى عليه في حق المدعى أيضاً ، وهذا لأن في هذا حمل قول المدعى على الصدق من غير ضرر يمس المدعى عليه فلا يترك اثبات هذا القدر بحرمة الصدق وترجيح جانبه .

قالوا : واذا ثبت ان الحق ثابت في حقه فنقول : وجد لهذا الصلح جهة الجواز والصحة ، لأن المدعى عليه يبذل المال لدفع أذاه وشره على زعمه ، والمال مُعَدّ للمصالح ، وهذا من أصلح المصالح وهو أن يبذله لدفع شر المدعى عن نفسه وأذاه وليفتدي به عن اليمين التي اتجهت عليه ، فانه اذا حلّفه ربما يظن به الكذب ويقع في القال والقيل من الناس أو يوافق يمينه قضاء ينزل به من بلاءٍ فيقال انه نزل به البلاء لكذبه في يمينه ، والعاقل يحترز من مثل هذا ويعد ماله ليدفع عن نفسه أمثال هذا ويصرفه في مثل هذه المصالح ، وقد نقل عن عثمان وحذيفة رضي الله عنهما الإفتداء من اليمين . هذا في جانب المدعى عليه .

وأما من جانب المدعى فيأخذ بدل الصلح عوضاً عن حقه الثابت له في زعمه ، وهذا جائز طلق لاحظر من الشارع ولا حجر فقد استقام صحة هذا الصلح من الجانبين فلم يترك تصحيحه ، لأن الصلح شرع لقطع المنازعات والخصومات .

ألا ترى ان الله تعالى لم يذكر الصلح في القرآن الإعند وقوع التنازع

كقوله تعالى : ﴿ وَإن أمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلها نُشُوزاً أوْ إعْراضاً ...﴾ الآية[١]

وكذلك قوله تعالى ﴿ وانْ طَآئِفَتَانِ مَنْ المُؤمْنِين أقتتلوا فَأصْلِحُوا بيْنَهُمَا...﴾[٢] ، وغير هذا من الآي .

واذا كان لقطع المنازعة والخصومة ، والخصومات والمنازعات انما تكثر حال التناكر والتجاحد، فكانت هذه الحالة أولى أن يكون حالة الصلح من حال الإقرار.

قالوا : ولهذا قال أبو حنيفة : أجوزُ ما يكون الصلح هو الصلح على الإنكار .[٣]

واذا ثبت هذا الذي قلناه ، فمتى وجدنا طريقاً في الشرع لتصحيح الصلح لايترك لتنقطع المنازعة والخصومة بينهما .

قالوا : وبهذا وقع الفصل بين مسألتنا وبين سائر ما استشهدتم من ضروب الرشى ، لأن في تلك المسائل بذل الباذل صحيح ، ولكن الآخذ لايجوز له الأخذ ، لأنه لاجهة لجواز أخذه .

وفي مسألتنا قد بينا جهة صحيحة لجواز أخذ العوض فاعتبر ذلك .

قالوا : يصح هذا الصلح بطريق آخر : وهو طريق الإسقاط لا طريق المعاوضة والصلح تارة يصح بجهة المعاوضة وتارة يصح بجهة الإسقاط بدليل ما لو صالح من ألفٍ على خمسمائة .

وبدليل صلح المتوسط فانه يصح بجهة الإسقاط ، ومعنى صلح الإسقاط ان

---

(١) سورة النساء جزء من آية رقم (١٢٨).

(٢) سورة الحجرات ، جزء من آية (٩) .

(٣) بدائع الصنائع : ٣٤٩٣/٧ .

المدعى اسقط الحق الثابت له على زعمه بمالٍ بَذَلَه المدعى عليه فيصح ذلك ، كما اذا بذله المتوسط فإنه يجوز .

وفائدة الصلح على هذا الوجه : سقوط خصومة المدعى وسقوط اليمين على المدعى عليه وبرآءة ذمة المدعى عليه عن حق ثابت في زعم المدعى وينتفع به ، فانه قبل هذا لو أراد المدعى اقامة البينة تمكن من ذلك وبعده لايتمكن .

والمعتمد على هذه الطريقة صلح الأجنبي المتوسط ، وهو في نهاية الإشكال ، وهو مسلم اذا كانت الدعوى في الدين وقد نص عليه الشافعي مطلقاً من غير فرق بين العين والدين الإأن على زعم الأصحاب المسألة مسلمةً في دعوى الدين.

وحرف الإشكال في صلح الأجنبي انه صلح في الحقيقة عن المدعى عليه لأن المقصود والغرض يجعل له وهو منكر ، وقول الأجنبي للمدعى انك محق في دعواك قول باطل غير مقبول على المدعى عليه ، وكذا قوله : " انه قد أقر في السّر ووكلني " ، قول باطل غير مقبول لأن القول قول المدعى عليه انه ليس عليه شئ فانه لم يوكله في شئ ومع ذلك صح صلح الأجنبي عن المدعى عليه مع انكاره فوجب أن يصح صلحه بنفسه مع انكاره بل هذا أولى ، لأن الحاجة الى الصلح ماسّة للمدعى عليه لا للمتوسط فإذا جاز من المتوسط لقطع المنازعة بين المتخاصمين فلئن يجوز من الانسان نفسه لقطع المنازعة / بينه وبين ١٣٠ /أ غيره أولى ، وقد قال بعض مشايخهم :

ان العقد بُني على قول مَنْ يدعى جوازه بدليل ماشهد[1] انسان بحرية عبد لانسان وَرُدّتْ شهادته ثم اشتراه فانه يجوز ويبنى العقد على قول مَنْ يدعى جوازه وهو صاحب العبد . وربما يقولون اذا صح هذا العقد عند موافقة صاحبه

---

(١) لعل صحة العبارة (مالو شهد) .

إياه على ما يزعمه فمخالفته لاتبطل .

دليله : هذه المسألة وقد قال أبو زيد في الأسرار في ابتداء الطريقة في هذه المسألة [١] : ان المدعى احد متداعى الملك فيجوز له أخذ العوض ببذل ما يدعيه لنفسه دليله : ذو اليد ، ولافرق بين الجانبين ، لأن كل واحد يدعى الملك لنفسه وينكره صاحبه ، والمعتمد لهم ما سبق .

الجواب :

أما الأول : قولهم " ان الحق ثابت للمدعى في حقه " ؟ .

قلنا : لا نسلم ذلك ، لأن الشرع لم يصدقه في زعمه ولو ثبت ما قالوه لثبت شرعاً ، فاذا لم يصدقه الشرع وجعل القول قول المدعي عليه فكيف يتصور ثبوت الشئ في حقه .

وقولهم : " ان الشرع جعل القول قوله فيما يرجع اليه " .

قلنا : الوجوب في حق المدعى راجع اليه .

وقوله : " لاضرر عليه " .

قلنا : الضرر ثاني الأمر ، وانما الكلام في ثبوت الوجوب أو نفيه ، والمدعى عليه ينفي الوجوب وقد جعل الشرع القول قوله ، وهذا الجواب معتمد.

وأما قولهم : " ان قول الانسان يحمل على الصدق ما أمكن " .

قلنا : اذا لم يصدقه الشرع وصدق خصمه سقط هذا الكلام ، ويقال لهم : العوض لابد من ثبوته في الجانبين والذي ادعاه المدعى ان كان ثابتاً على المدعى عليه في حق المدعى فهو غير ثابت للمدعى في حق المدعى عليه فثبوته في

---

(١) انظر : الأسرار : ٢/ ١٨٨/أ ، ب .

الجانبين في حق المدعى عارضه انتفاؤه في الجانبين في حق المدعى عليه فسقط الثبوت أصلاً .

أو يقال ثابت من وجهٍ لا من وجه ، والعوض الذي سبيله هذا لاينعقد به عقد المعاوضات ، وهذا حرف في نهاية الحسن فليتمسك به .

وأما فصل الإبراء ، قلنا : لانسلم صحة الإبراء ولئن سلّم فهو لايشبه الصلح ، لأن الإبراء عقد ينفرد به صاحب الدين ، والصلح عقد من الجانبين فيجوز أن يعتبر في العقد الذي ينفرد به صاحب الدين بزعمه ، وفي العقد الذي يعقد من الجانبين يعتبر زعمهما ، واذا اعتبر زعمهما فلو كان زعم احدهما يصححه فزعم الآخر يبطله فلا يصح .

وأما قولهم : " ان وجه صحة هذا الصلح أن المال المبذول من هذا الجانب على كذا ومن الجانب الآخر على كذا " .

قلنا : لو كان كما قالوه في جانب المدعى عليه وجب أن لايلزمه العوض بنفس الصلح بل يعتبر وجود التسليم ، لأن مَنْ بذل مالاً لدفع شر انسان لابد فيه من تسليمه اليه ليلزمه ، والذي قال في الجانب الآخر هو عوض في حقه عما ادعاه فهو بناء على ثبوت المدعى في حقه ، وقد ابطلنا ، وعلى أنا بينا ان العقد عقد معاوضة فلا يستقل باحد الجانبين وعند اعتبار الجانبين لايتصور صحة هذا الصلح على ما سبق بيانه .

وأما قولهم : " انه يصح هذا الصلح على جهة الإسقاط " .

قلنا : هذا لايصح ، لأنه لو كان على هذه الجهة وجب أن يختص جواز الصلح على الإنكار بالديون ، ولايجوز في الأعيان ، لأن الإسقاط انما يصح في الديون ، فأما في الأعيان فلا ، وعلى أن الإسقاط انما يصح في شئ ثابت ولا ثبوت في مسألتنا أصلاً .

وأما صلح المتوسط فقد خبط فيه الأصحاب خبطاً ظاهراً وربما منعوا أيضاً مع نص الشافعي ، ولا وجه له ، لكن الجواب عنه : ان صلح المتوسط انما يصح على جهة الإسقاط لا على جهة المعاوضة ، ولهذا يختص بالدين ويبطل في العين ونقول : لاتجب الشفعة اذا صالح على شقص ، ولايثبت فيه خيار الشرط ولا يفسخ بحال .

وعندهم : لو صح الصلح على الإنكار لصح بجهة المعاوضة [١] وقد قالوا يصح فيه .... [٢] ولو صالح على شقص تجب فيه الشفعة [٣] وثبت فيه خيار الشرط [٤] ، وشرط صحة صلح المتوسط أن يعترف المتوسط بصدق المدعى .

فإن قالوا : هلا جوّزتم أنتم صلح المدعى عليه على هذه الجهة " ! .

قلنا : لايمكن ، لأن المتوسط يزعم ان الحق واجب للمدعى فيصح التماسه الإسقاط بمال يبذله بخلاف المدعى عليه فانه يزعم ان المدعى كاذب فكيف يلتمس الإسقاط منه بما يبذله ؟

قالوا : لِمَ جوّزتم من الأجنبي ؟

قلنا : لأنا وجدنا له مثالاً وفائدة ، أما المثال فهو الخلع مع الأجنبي ، وأما الفائدة وصول عوض الى المدعى وسقوط منازعة عن المدعى عليه مثل الفائدة في خلع الأجنبي .

قالوا : لِمَ أعرضتم عن انكار المدعى عليه في هذه الصورة وبنيتم العقد

---

(١) مختصر القدوري : ١/٤١١ ، مع الجوهرة .

(٢) بياض في المخطوط .

(٣) مختصر القدوري : ١/٤١١ مع الجوهرة .

(٤) الجوهرة على مختصر القدوري : ١/٤١٠ .

على اعتراف الأجنبي مع كونه أجنبياً / عن هذا الدعوى ؟ ١٣٠ /ب

قلنا : انما صححنا على جهة الإسقاط ، والإسقاط لايتم لصاحب الحق وحده فاذا استغنى صحته عن مَنْ عليه الحق بنينا صحته على دعوى المدعى واعتراف مَنْ يعقد معه ويلتزم المال في مقابلة الإسقاط اذ لاحاجة الى أكثر من هذا فانه لما تم الإسقاط لصاحب الحق صححنا الإسقاط بناء على زعمه ، واعتبرنا أيضاً اعتراف المتوسط ليصح التزامه المال ، وهذا العقد لم يمس جانب المدعى عليه الإ في عود فائدة اليه ان كان المال واجباً عليه وهو السقوط عنه وفي مثل هذا يعرض عن جانبه زعماً كما يعرض عن جانبه رضا بدليل خلع الأجنبي .

وأما في مسألتنا لو صح هذا الصلح صح معاوضة ولاسبيل الى تصحيحه بوجه على ما بينا .

وقولهم : " يصالح عنه " .

قلنا : قد بينا انه اسقاط بالتزام مالٍ ، وعلى هذا لانقول ان هذا العقد صلح حقيقة ، لأن عندنا الصلح لايكون الإ معاوضة وانماهو ما ذكرناه سمى صلحاً مجازاً ، والأجنبي هو المصالح وهو العاقد الإ ان فائدة هذا العقد ترجع الى المدعى عليه وهذا جواب ظاهر بحمد الله ومنّه .

وقد اتضح ما أشكل على كثير ممن يدعى التبحر والفحولية في معاني الفقه .

وأما الذي قال مشايخهم : ان العقد يبنى على قول مَنْ يدعى الجواز .

قلنا : يبطل ببيع متروك التسمية ، وبيع الخمر من الذمي وبيع المدبر من حنفي المذهب .[1]

---

(١) لأن البيع فاسد عندهم ، انظر : مختصر القدوري : ٢٥٨/١ مع الجوهرة .

وأما مسألة الشهادة لعتق العبد ، فليس جوازه لما قالوه بدليل ان رجلين لو كان لكل واحد منهما عبد فشهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق ثم تبايعا يجوز ، ولايمكن بناء العقد في هذه الصورة على قول واحد منهما ومع ذلك جاز. ولكن انما جاز ، لأنه امكن تصحيحه معاوضة ، فانه اذا رد شهادة هذا الشاهد بقى العبد على الرق كما كان في حق جميع الناس ، فقد باع عبد أمَّنه بمال معلوم ثم اذا دخل في ملكه عومل بما كان بزعمه وظهر الآن نفاذه ، وهذا هو المعنى في صحة البيع في تلك المسألة على المذهبين ، فان الذي قالوه من ان بناء المعنى بناء جواز العقد على قول مَنْ يدعى جوازه فقد ابطلناه ، ولأن الأولى ان يبنى العقد على قول مَنْ يوافقه الشرع لا على قول مَنْ خالفه الشرع وان ادعى جوازه . والشرع انما وافق المدعى عليه لا المدعى .

وفي المسألة التي استشهدوا بها اعتبرنا قول مَنْ يوافقه الشرع في ذلك العقد الإ ان الشرع انما وافق منكر العتق لا مدعى العتق حيث جعل القول قوله .

وفي مسألتنا وافق قول المدعى عليه .

وقد أجاب بعض أصحابنا عن هذه المسألة ، وزعم ان بيع المشهود بعتقه من الشاهد ليس ببيع حقيقة لكنه افتداء وتخليص .

وهذا ليس بشئ ، لأنه لو كان كذلك لم يجب العوض بنفس العقد ما لم يتصل به التسليم ، فالجواب هو الأول .

والله تعالى أعلم بالصواب .

﴿ مسألة الحوالـــة ﴾

المحال عليه اذا مات مفلساً لم يرجع المحتال بالدين على المحيل عندنا.[١]

وعندهم : يرجع ، قالوا : وكذلك اذا أفلس في حال الحياة وجحد وحلف.[٢]

لنـا :

ان المحيل برئ عن الدين براءة مطلقة فلا يثبت الرجوع عليه بالدين ابداً .

دليله : اذا أبرأ صريحاً ، والدليل على وجود أصل البراءة ان المطالبة سقطت عنه لا الى غاية ، وهذا علامة سقوط الدين وهذا لأن عقد الحوالة يقتضي النقل والتحويل ، ولا منقول ولا محوّل الأ الدين فاذا تحول الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلابد من فراغ ذمة المحيل بدليل الحسيّات فان الشئ اذا انتقل من محل الى محلٍ فلابد من فراغ المحل الأول عنه ، واذا فرغت الذمة الأولى من الدين حصلت براءتها ، لأن البراءة ليس معناها الأ فراغ الذمة ومن هذا حوالة الباذنجان ، لأنه ينقل من موضع الى موضع ، واذا نقل فيفرغ الموضع الأول عنه

---

(١) المهذب : ٤٤٥/١ ، الأم : ٢٠٣/٣ ، مختصر المزني مع الأم : ٢٢٦/٢ ، روضة الطالبين : ٢٣٢/٤ ، النكت ورقه ١٥٧/ب ، الحاوي : ٤٢١/٦ ، معالم السنن للخطابي : ٦٤١/٣ .

قال الخطابي : وهو قول مالك والشافعي ، وأحمد ، وأبو عبيد ، وأبو ثور " أهـ .

انظر المغني : ٦١/٧ ، الاشراف للبغدادي : ١٩/٢ .

(٢) وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع في هذه المواضع الثلاثة كلها . مختصر الطحاوي ص ١٠٣ ، مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٠٩/١ ، البدائع : ٣٤٤٢/٧ ، رؤوس المسائل ص ٣١٨ ، بدائع الصنائع : ٣٤٤٢/٦ .

ويشتغل به الموضع الثاني ، كذلك تفرغ الذمة الأولى عن هذا الدين وتشتغل به الذمة الثانية .

وإذا ثبتت البرآءة فنقول :

البرآءة حصلت مطلقة غير مقيدة بشرط ، لأن التقييد لايثبت الإ بدليل ولا دليل على التقييد ، لأنه لم توجد الأ الحوالة المطلقة ، فأما التقييد فلم يوجد ، ولايجوز اثبات تقييد ولا شرط من غير دليل عليه فبقيت البراءة مطلقة عن الشروط والتقييدات فلم يثبت الرجوع بوجهٍ ما ، وهذا الذي ذكرناه في غاية الإعتماد وسيظهر وجه تقريره وتخريج كلامهم عليه في الجواب .

وقد قال بعض أصحابنا : ان الحوالة تتضمن قبض الدين حكماً ثم اقراضه من المحال عليه .

وقال بعضهم : هي / اسقاط حق بايجاب حقٍ ، وليس في واحد ١٣١ / أ

من هاتين الدعوتين دليل من لفظ عقد الحوالة فلا يجوز اثبات ذلك الأ بشرع يرد به يجب علينا قبوله ولم يوجد ذلك فبقيت الحوالة مجرد النقل وتحويل الدين من ذمة الى ذمة على ما يقتضيه اللفظ فان قال قائل كيف يتصور نقل الدين وتحويله من ذمة الى ذمة ؟

قلنا : جاز ذلك بعقد الحوالة ، لأنه عقد ورد به الشرع وقضيته هذا ، والعقود الشرعية يوفر عليها قضاياها ولايعرض على سائر العقود بل يكون هو أصلاً بنفسه يعمل به سواء وافق الأصول أو لم يوافقها .

وأما حجتهم :

تعلقوا بما روى عن عثمان رضي الله عنه انه قال في هذه المسألة بعينها يرجع

على المحيل لا تَوىَ [١] على مال امرئ مسلم " [٢]

ولم يرو عن غيره خلافه . [٣]

ولأن ذمة المحيل برئت براءة نقل وتحويل لا براءة إسقاط وابطال فيكون سلامة المنتقل اليه شرطاً في تمام البراءة .

دليله : إذا باع بالدين ثوباً من صاحب الدين فان سلامة الثوب شرط في تمام البراءة حتى إذا هلك الثوب قبل القبض عاد الدين الى ذمته .

وربما يقولون : فإذا لم نسلم المنتقِل اليه عاد الى المنتقل عنه ، وانما قلنا ان الذمة برئت براءة نقل وتحويل ، لأن عقد الحوالة يدل على النقل والتحويل ولايدل على الإسقاط والإبطال وانما يثبت ما يدل عليه .

ثم قالوا : إذا ثبت انه براءة نقل وتحويل فصاحب الدين انما رضى ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة حقه له من المحال عليه فصار كما لو شرط سلامته من قبل المحال عليه ، لأن المقصود في العادات بمنزلة المشروط .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان في الأصل معاوضة ، وفي الفرع لامعاوضة ، وذلك لأنهما وان افترقا في المعاوضة وعدم المو ... (٤) لكن استويا في انه دخل في كل واحد من العقدين بقصد السلامة الإ ان هناك بقصد سلامة البدل من ثوبٍ أو عبدٍ ، وههنا بقصد سلامة عين حقه من الذمة الثابتة فنزلت الذمة الثابتة ههنا بمنزلة البدل المسمى هناك وليس في المعاوضة وعدم المعاوضة تأثير انما المؤثر

---

(١) توى : على وزن حصى وقد يمدّ : أيّ : لاهلاك انظر : المصباح المنير ، والقاموس المحيط مادة (توى) . (٢) رواه البيهقي في سننه : ٦/٧١ ، باب من أحيل على مليئ فليتبع .. (٣) انظر : بدائع الصنائع : ٦/٣٤٤٢ .

(٤) كذا في المخطوط .

ماذكرنا من اثبات شرط السلامة إمّا بقصدٍ أو دلالةٍ .

وعلى ان القاضي أبا زيد قد قال :

ان الذمة الثابتة عوض عن الذمة الأولى ، وهذا لأن الدين مال مستحق من ذمة فنزلت الذمة منزلة المستحق وهو بمنزلة ثوبٍ أو عبدٍ فانه لما استحقت مالية من هذا المحل صارت عينه مستحقة فإذا بادلها بعين أخرى ثبت فيها حكم المعاوضة كذلك هاهنا .

قالوا : وليس يدخل على ما ادعيناه من ان البراءة براءة نقل وتحويل لا براءة مطلقة وسقوط حق حبس البائع بعقد الحوالة وجواز استرداد المرهون من المرتهن للراهن وعتق المكاتب إذا احال السيد بالدين الذي عليه على غريم له ، لأن في هذه المسائل انما يثبت هذه الأحكام لوجود البراءة في الحال ثم لما كان ثبوتها بشرط سلامة حقه من ذمة المحال عليه يثبت الرجوع في ذمة المحيل عند فقد السلامة .

ألا ترى انه لو صالح من الدين على عبدٍ أو ثوبٍ تثبت هذه الأحكام أيضاً .

وان لم تبرأ ذمته براءة مطلقة بل هي براءة مشروطة بشرط السلامة كذلك هاهنا .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المحتال يصير قابضاً حقه من المحيل حكماً ومقرضاً من المحال عليه ، لأنه في هذا اثبات عقد قرض لادليل عليه ومالادليل عليه لاسبيل اليه ، ولأنه لو كان كذلك وجب إذا قبل الحوالة في رأس مال السلم وبدل الصرف ثم تفرقا قبل أن يقبض محسوساً ان لايبطل العقد لأنه قد وجد القبض على زعمكم .

فان قلتم انه وجد القبض حكماً لاحقيقة .

قلنا : القبض حكماً يحصل به قبض رأس المال في السلم بدليل انه لو أسلم عبداً في ثوب ثم ان المسلم اليه اعتق العبد يصير قابضاً له حكماً فيصح السلم .

ويدل عليه : انه لو قبل الحوالة في دين مؤجل لايبطل الأجل ولو صار قابضاً حكماً وجب أن يبطل الأجل ، ولأن قبض الدين وهو دين محالٌ ولو صار قابضاً صار قابضاً وهو دين بدليل بقاء الأجل كما بينا . ومالايتصور حقيقة لايقدر حكماً .

قالوا : وأما قولكم : انه اسقاط دين باستحقاق دين فليس عليه دليل ، ولأن الإعتبار عن اسقاط الدين لايجوز فكيف يجوز اسقاط الدين عن ذمة المحيل ببدل يستحقه في ذمة المحال عليه ؟، ولأنه إذا قبل الحوالة ببدل الصرف يجوز ، ولو كان اسقاط في مقابلة استحقاق لم يجز ، لأن الإسقاط في بدل الصرف ورأس المال في السلم قبل القبض يبطل العقدين .

قالوا : وأما إذا أفلس في حال الحياة فانما لم يرجع ، لأن عندنا لايتحقق الفلس / في حال الحياة ، فالفوات لم يوجد حتى نقول لو جحد ١٣١/ب أو حلف تحقق الفوات في هذه الصور فحينئذ يرجع .

الجواب :

أما خبر عثمان :

قلنا : رواه خليد[١] بن جعفر .

قال الشافعي : هو مجهول عن معاوية بن قرة عن عثمان .[٢]

---

(١) خليد بن جعفر بن طريف الحنفي ابو سليمان البصري صدوق ، لم يثبت ان ابن معين ضعفه ، من السادسة .

روى له مسلم والترمذي والنسائي . انظر : التقريب ص ٩٣ .

(٢) انظر : فتح الباري : ٤/٤٦٤ ، سنن البيهقي : ٦/٧١ .

ومعاوية بن قرة لاتصح له رواية عن عثمان .[١]

وقد نقل الأصحاب عن علي مثل مذهبنا[٢] في قصة الحزن جد سعيد بن المسيب .[٣]

وأما المعنى :

قولهم : " برئت ذمته برآءة نقل وتحويل " .

قلنا : أيش تعنون بهذا ؟ ان عنيتم برئت بالنقل والتحويل فهو مسلم ، وان قلتم بنقل مشروط بسلامة المنقول اليه فلا نسلم .

وأما قولهم : " انه انما رضى ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة دينه من ذمة المحال عليه " .

لانسلم ، ولا دليل لهم على هذا .

وقولهم : " قصد السلامة " .

قلنا : لاننكر انه قصد السلامة ، ولكن ليس كل ما يقصد يصير مشروعاً بل كم من شئ يقصده المرء ولا يصل اليه .

وحقيقة هذا الحرف :

أن بعقد الحوالة خرج المحيل من الوسط وصار الدين على المحال عليه للمحتال ويصير كأنه الأصل ، فان سلم فالنفع له ، وان لم يسلم فالضرر عليه ، فله نفع هذا الدين وضرره وحلوه ومره وغرمه وغنمه وهذا كالأصل في سائر الديون .

---

(١) قال ابن حجر في تهذيب التهذيب : قال الشافعي : روايته عن عثمان منقطعة . أ.هـ انظر : تهذيب التهذيب : ٢١٧/١٠ .

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه : ٨/ ٢٧١ ، رقم ١٥١٨٣ .

(٣) ذكر القصة ابن قدامة في المغني : ٧/ ٦١ .

وأما في الأصل الذي قاسوا عليه ، لا نقول صار مشروعاً بقصد السلامة لكنه عقد معاوضة ومبادلة فهو بدل ببدل وملك بملك ، فأما نقل الملك في هذا العوض بذلك العوض فإذا نقله به كيف ينتقل بدونه فصار شرط سلامة العوض مأخوذاً من قضية لفظه .

وأما ههنا فهو نقل وتحويل مطلق لا بشئ حتى تعتبر سلامة ذلك الشئ له حتى يصح النقل والتحويل .

وأما قولهم : " ان ههنا مبادلة ذمة بذمة " .

قلنا : كلاً ، ولماً ، لأن المبادلة انما تجري في الحقوق المستحقة والذمة محل الحق وليس بحق مستحق ، وهذا لأن الذمة محل الالتزام ، والإلزام ومحل الإلتزام كيف يصير لازما بنفسه ولأن المستحق هو المستوفي ، والمستوفى هو المستحق ، والمستوفى هو مال في الذمة لا الذمة ، كذلك المستحق هو حق من الذمة لا نفس الذمة .

وأما مسألة الثوب والعبد ، فذلك عين مال تقبل الإستحقاق .

وفي مسألتنا الذمة ليست بمال حتى يستحق ، انما هي عبارة عن العهد في اللغة وعن محل الخطاب في الشرع وواحد منهما ليس يتصور استحقاقه .

وأما إذا أفلس في حال الحياة ، فهو لازم ، لأن العجز عن الوصول قد وجد وتوهم الوصول اليه لايعتبر بعد أن تحقق في الحال عدم الوصول ، كما لو أبق العبد قبل القبض يثبت له الرجوع في الثمن ، وان كان يتوهم الوصول اليه بالعود ، ولكن لم يعتبر ذلك بعد تحقق العجز في الحال ، كذلك ههنا .

والله أعلم بالصواب .

﴿ كتاب الضمان ﴾

مسألة :

إذا ضمن الدين عن ميت مفلس صح عندنا .[(١)]

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ : لايصح .[(٢)]

لنـا :

حديث سلمه بن الأكوع ان رسول الله ﷺ أتى بجنازة فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، قال : هل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : هو عليّ يارسول الله فصلى عليه رسول الله ﷺ " .

رواه البخاري في صحيحه على هذا الوجه برواية سلمة .[(٣)]

وروى جابر أتم من هذا وفيه : ان الدين كان دينارين " .

---

(١) المهذب : ٤٤٧/١ ، الأم : ٢٠٤/٣ ، النكت ورقه ١٥٨/أ ، فتح الباري : ٤٦٤/٤ شرح السنة للبغوي : ٢١٢/٨ .

وهو قول الصاحبين ، انظر : مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٠٧/١ ، بدائع الصنائع ٣٤١٢/٦ .

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة : ٤٠٧/١ ، الهداية مع فتح القدير : ٢٠٤/٦ ، بدائع الصنائع : ٣٤١٢/٦ ، الدر المختار : ٣١٢/٥ مع حاشية ابن عابدين ، رؤوس المسائل ص ٣٢٣ .

(٣) انظر : صحيح البخاري مع الفتح : ٤٦٧/٤ ، باب ان احال دين الميت على رجل جاز.

كما رواه النسائي في سننه : ٥٣/٤ ، باب الصلاة على مَنْ عليه دين .

والامام أحمد في مسنده : ٤٧/٤ ، ٣٠٤/٥ .

واللفظ : " فتحملها أبو قتادة وقال النبي ﷺ هما عليك حق الغريم وبرئ منهما الميت قال : نعم ، فصلى عليه " [(١)]

والخبر نص في موضع الخلاف،وهم حملوا على العِدَة واللفظ يأباه فبطل التأويل .

وأما المعنى فهو بناء على ان الدين قائم بعد الموت ، لأنه كان عليه قبل الموت والموت ليس لاسقاط الحقوق بل هو سلوك سبيل يصل به الى الآخرة فنجازي على الحقوق ، فإذا كان الموت موصلاً له الى دار المجازاة على الحقوق له وعليه فكيف يكون مسقطاً للحقوق ؟، ولأن الدين من حقوق المعاملات فيعتبر بالإعتقاد الذي هو حق الديانات ثم الإعتقاد الذي هو حق الديانات لايسقط بالموت من الكفر والإيمان ، كذلك ما هو من حق المعاملات ويدل من حيث الاحكام على بقاء الدين بجواز الإبراء وتبرع / الأجنبي به وبقاء ١٣٢/أ الكفالة به إذا كان به كفيل وبقائه في نفسه إذا مات ملياً .

وهذه مسائل مشكلة عليهم جداً ، لأن الدين لو سقط عن الأصيل بالموت لم يستقم الإبراء عنه ولا تبرع الاجنبي به . وهو يبطل عقد الكفالة ، لأن الدين إذا سقط عن الأصيل سقط عن الكفيل كما لو أبرأ وينبغي أن يسقط أيضاً وان مات مليا وخلّف تركة ، لأنّ الدين يتعلق بالذمم لا بالأعيان من الأموال ، فلولا ان الدين باقٍ في ذمة الميت والاّ لم يستحق قضائه من التركة .

فالمسائل في نهاية الإشكال .

---

(١) هذه الرواية رواها الامام أحمد في مسنده : ٣/ ٣٣٠ (عن جابر) .
والدارقطني في سننه : ٧٩/٣ .
والبيهقي في سننه : ٧٥/٦ ، باب الضمان عن الميت .

وما ذكرناه من قبل على طريق المعنى لو اقتصرنا عليه ففيه كفاية ، فثبت ان الدين قائم بعد الموت على ما كان من قبل الموت فصحت الكفالة به في الحالين.

وأما حجتهم :

قالوا : الدين قد سقط ، لأن الذمة قد فاتت بهلاك الرجل ولابد للدين من محل فإذا فات محله فات الدين ، ثم الدليل على فوات الذمة ان الرجل قد هلك والذمة وصف له فإذا هلك الموصوف لابد من فوات الوصف .

يدل عليه : ان الذمة في اللغة : عبارة عن العهد ،

وفي الشرع : عبارة عن محل الإلزام والإلتزام ، ولا عهد للميت ولا إلزام عليه ولا إلتزام له فدل انه لاذمة له .

والحرف المختصر: ان الحياة من ضرورة الذمة،ولابد من آدمي حيّ ليكون له ذمة.

قالوا : وأما الاثم ، فنحن انما ندعى السقوط في أحكام الدنيا لأنه هلاك عن الدنيا ، فأما في أحكام الآخرة فالدين قائم لانه هلك عن الدنيا ليحي في الآخرة ، ولأنه أُفنى عن الدنيا ليبقى في الآخرة ، والاثم من أحكام الآخرة فيجعل بمنزلة الشخص الحي في كثير من الأحكام ، لأنه موضوع في الرحم لحياة الدنيا كذلك الميت موضوع في قبره لحياة الآخرة فبقي في حقه مايعود الى الآخرة.

قالوا : وأما إذا مات مليّاً فانما بقى الدين من ضرورة بقاء الأتركة التي هي محل الإستيفاء ، وفيما إذا كان به كفيل بقى لضرورة وجود الكفيل به .

فأما ههنا فلا ضرورة في بقاء الدين في أحكام الدنيا ، لأن الرجل هلك وفاتت ذمته ولا مال يقضي منه الدين ولاكفيل يطالب منه الدين .

وإذا سقط عند الموت فبعد ذلك إذا كفل به انسان فلم يصادف كفالته ديناً قائماً، ولايجوز أن يعود بعد سقوطه لصحة الكفالة ، لأن الدين الساقط لايعاد ،

ولأن الميت لايجب عليه دين ابتداءً فإذا سقط وأعيد فهو يشبه ابتداء ايجاب دين عليه والموت ينافيه فلم يجز .

والجملة انا إذا ابقينا ديناً على الميت لعلة وتركنا الحقيقة بها يعتبر وجود العلة عند الموت فإذا لم يوجد رجعنا الى الحقيقة واسقطنا الإ في الاثم الذي هو من أحكام الآخرة لا من أحكام الدنيا .

وكذلك إذا تبرع متبرع أو أبرأه مَنْ له الدين انما جوّزنا لسقوط الاثم الذي عليه وليس لهما حكم سوى هذا ، وأما الكفالة فيظهر أحكامها في الدنيا بدليل الحبس والمطالبة وقد سقط الدين في أحكام الدنيا بدليل ما قلنا فبطل هذا الحكم عنه .

وقد قال بعضهم : ان الكفالة إلتزام مطالبة ولا مطالبة بهذا الدين بحالٍ فلم تصح الكفالة ، وانما قلنا انها إلتزام مطالبة ، لأن الدين الثابت في محل لايتصور نقله الى محل آخر .

يبينه : انه لو انتقل الى ذمة الكفيل لبرئت ذمة الأصيل كما في الحوالة .

والحرف : ان الحق الواحد لايشغل محلين كما في الحسيّات لايتصور جوهر واحد في محلين ، فثبت ان الكفالة ليست الاّ التزام مطالبة فإذا سقطت المطالبة أبداً لابد من فساد الكفالة ، وليس كالمعسر لأن المطالبة سقطت هناك في حالة النسأ ، وليس كالعبد إذا أقر بدين ، لأن المطالبة سقطت الى حالة العتق أو الى موافقة السيد في ثبوته .

وفي مسألتنا سقطت أبداً ، ولايقال يجوز أن يظهر له مال ، لأنه حينئذ لايكون مفلساً ، والكلام فيمن مات مفلساً .

وربما يعبرون عن هذا فيقولون الدين لايعرف إلاّ بايجاب تسليم عين والإ فهو عدم حقيقة ، فإذا لم يجب تسليم عين بقى على العدم وخرّجوا إذا مات مليّاً

لأن المطالبة قائمة ، وخرّجوا إذا كان به كفيل ، لأن المطالبة متوجهة أيضاً .

الجواب :

قد ذكرنا الدليل على بقاء الدين .

وأما قولهم : " ان الذمة فاتت بالموت " .

قلنا : الذمة باقية حكماً ، بدليل ما ذكرنا ، وإذا جاز أن تبقى له ، وعليه معتقدة من الدين جاز أن تبقى له وعليه ملتزمة من المال ، ولأن بالإجماع الوجوب قائم بدليل الإثم .

وقولهم : " في أحكام الآخرة " .

قلنا: حكم / الآخرة تبع لحكم الدنيا فإذا سقط في أحكام الدنيا ١٣٢/أ سقط في أحكام الآخرة ثم تحقق فنقول :

السقوط انما يكون بابراء صاحب الحق أو بوصول صاحب الحق اليه أو بإياس عن الوصول فيصير في حكم الساقط في الدنيا ولا يأس عن الوصول في مسألتنا بتبرع الأجنبي أو بكفالته فلا يسقط ، وهذا لأن الدين يجب حفظه لحرمة صاحبه فإذا وجدنا جهة يمكن ابقاؤه باعتبارها لم نحكم بسقوطه حفظاً لحق صاحب الدين بدليل ما لو مات ملياً أو كان به كفيل ، وقد وجدنا جهة يمكن ابقاء الدين باعتبارها وهو وجود كفالة أو تبرع .

فان قالوا : بالتبرع يستغنى عن الكفالة .

قلنا : لايستغنى ، لأن المتبرع ربما يرجع عنه قبل التسليم وبالكفالة يلزم حتى لايمكنه الرجوع .

وقولهم : " هلك عن الدنيا " .

قلنا : بلى ، ولكن امكن ابقاءالدين بالوجه الذي قلنا فلايسقط وعلى انه

ان هلك عن الدنيا فلم يجئ الآخرة بعد ، فإذا جاز بقاء الدين بعد موته لآخرة لم يأت بعد حتى إذا أتت يجازي به ، جاز بقاءه في دنيا قد ذهبت عنه وذهب هو عنها حتى يصح تبرع وكفالة من الأجنبي فيصل صاحب الحق الى حقه ويتخلص الميت عن اثمه ، فانه لافرق بين دار ذهب عنها وبين دار لم يصل اليهابعد فإن في الحال لم يوجد واحد منهما ، والدين يتوجه باعتبار احدهما لتطهير اثمه فلم يكن متوجهاً في الدار الأخرى لتطهير اثمه .

والذي اعتذروا عن المسألتين بالضرورة .

قلنا : هاهنا أيضاً ضرورة وهو جواز الكفالة ، وعلى انا يلزم إذا كفل ابتداءً بعد ان مات مليّاً أو بالدين كفيل ، وان كان وجد ضرورة في بقاء الدين ليطالب به ، لم يوجد ضرورة في جواز الكفالة ابتداءً ومع ذلك جازت .

وأما الطريقة الثانية :

قلنا : لايجوز أن يقال ان الكفالة مجرد إلتزام مطالبة بل هي إلتزام دين والمطالبة مبنية عليه ولايتصور وجوب مطالبة بدون وجوب الدين ، وانما لم يبرأ الأصيل بخلاف الحوالة لأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فلا يقتضي براءة الأصيل ، وأما الحوالة نقل وتحويل فيقتضي براءة المحيل على ما سبق في المسألة الأولى .

فان قيل : فصل المطالبة عن الوجوب ممكن بدليل ان الصبي والمجنون إذا اتلفا مال انسان وجب الغرم على الصبي والمجنون والمطالبة متوجهة الى الولي .

وكذلك الوكيل يطالب بتسليم الثمن وهو على المشتري .

قلنا : في المسألتين المطالبة متوجهة على مَنْ عليه الحق لكن الولي عن الصبي والمجنون نائب عنهما ، وكذلك الوكيل نائب ولايمكن مثل هذا القول في مسألتنا ، لأن الكفيل ليس بنائب لأن الإستنابة من الأصيل لم توجد والولاية الشرعية لم توجد .

والدليل عليه : ان الكفالة تصح من غير أمر مَنْ عليه الدين .

فان قيل : إذا أبرأ الأصيل يسقط الدين عن الكفيل ، ولو وجب الدين على الكفيل لم يسقط كالرجل يكون له غريمان يبرأ احدهما .

قلنا : انما سقط ، لأنه كفيل ولايتصور كفيل بلا أصيل ، ولأن الكفيل تبع فإذا سقط الدين عن الأصيل سقط عن التبع ، وعلى ان هذه الطريقة تبطل بما إذا كفل عن المعسر يجوز ولا مطالبة ، وكذلك العبد .

وقولهم : " انه يتوهم مطالبة " .

قلنا : إلتزام المطالبة لايتصور الإ إذا كانت المطالبة في الحال ثابتة كما لاتتصور الإّ في دين ثابت .

فان قالوا : عندنا يجوز في دين يجب " .

قلنا : على طريق التعليق والكفالة في المسألتين غير معلقة بل منجزة .

وأما الذي قالوا : ان الواجب في الدين فعل تسليم العين .

قلنا : لا ، بل حقيقة الدين واجبة وفعل التسليم مبتنى وجوبه على وجوب حقيقة الدين .

والله تعالى أعلم بالصواب .

مسألة

الكفالة بالأعيان المضمونة [١] غير جائزة عندنا . [٢]

وعندهم : جائزة . [٣]

وكذلك الخلاف في الكفالة بالنفس ، وللشافعي قول آخر في جواز الكفالة بالنفس . [٤]

---

(١) مثل : المغصوب ، والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء.
انظر : فتح القدير : ١٦٤/٦ ، فهذه يجب تسليمها وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو الاقرار .

(٢) الأم : ٢٠٣/٣ ، مختصر المزني مع الأم : ٢٢٩/٢ ، المهذب : ٤٥١/١ ، النكت ورقة ١٥٨/ب ، روضة الطالبين : ٢٥٥/٤ .

(٣) مختصر القدوري : ٤٠٠/١ مع الجوهرة ، الهداية : ١٦٤/٦مع فتح القدير ، رؤوس المسائل ص ٣٢٢ .

(٤) المهذب : ٤٥١/١ ، وهو الأظهر عندهم ، شرح السنة للبغوي : ٢١٤/٨ .
قال النووي في المنهاج : " والمذهب صحة كفالة البدن .... " ٢٠٣/١ مع مغني المحتاج ، روضة الطالبين : ٢٥٣/٤ .
والقول المقابل للأظهر هو عدم الجواز لقول الشافعي : " الكفالة بالبدن ضعيفة " .
وانظر الأم : ٢٠٣/٣ ، وقال أصحابه : " المراد بذلك انها ضعيفة بالقياس " أهـ
قال ابن قدامة في المغني : " الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وابي حنيفة .... " أهـ .
المغني : ٩٧/٧ ، المبسوط : ١٦٢/٩ .

لـنـا :

ان عقد الكفالة أخطأ محله وحقيقته فيكون باطلاً .

دليله : سائر العقود إذا كان بهذا الوصف .

ودليل الوصف : ان عقد الكفالة عقد مشروع لإلتزام الحق في الذمة ووجوب التسليم بناء عليه على ما سبق في المسألة الأولى ، وإلتزام الأعيان على ما في الذمة لايجوز بل لايتصور أصلاً ، ولأن عقد الكفالة ليجب على الكفيل من الضمان ما يوجب على الأصيل والعين مضمونة على الأصيل ولاتصير مضمونة على الكفيل بدليل انها لو هلكت لاشئ عليه .

يبينه : انه كيف يجب عليه ضمانها ؟ والعين تضمن بقبض العين على جهة مخصوصة من تعدٍ أو سومٍ أو عاريةٍ أو بايراد / عقد المعاوضة ١٣٤ /أ عليه ولم يوجد من الكفيل شئ من ذلك فلم يتصور وجوب ضمان العين عليه .

وأما التسليم بناء على ضمان الأصل فإذا لم يدخل الأصل في ضمانه لم يجب عليه التسليم .

ونقول في الكفالة بالنفس : كفل بمالايقدر على تسليمه فلايجوز .

ودليل انه لايقدر على تسليمه ، لأن تسليم الانسان الى غيره انما يكون بقوة أو ولاية وليس له قوة التسليم ، لأنه رجل ، ورجل لاينقاد له ويقاومه ، ولايقال انه يستعين بالقاضي ، لأن القاضي لايجب عليه أن يعاونه بل يقول له : أنت ادخلت نفسك في هذا الأمر فعليك وَبَالَهَ وأنت ابصر به " .

ولايجوز أن يكون التسليم بالولاية ، لأنه لا ولاية له عليه .

يبينه : ان نهاية ما في الباب ان يأذن له بالكفالة بنفسه وباذنه إياه في الكفالة بنفسه لاتثبت له ولاية عليه .

وأما حجتهم :

قالوا : كفل بمضمون يمكن تسليمه فيجوز ، كما لو كفل بالدين .

أما قولنا : " مضمون " فلا اشكال في الأعيان المضمونة .

وأما في الكفالة بالنفس فنعني بالضمان : " وجوب الحقوق على المدعى عليه " وقد وجب الحضور على المدعى عليه بنفس الدعوى ، ولهذا المعنى يحضره القاضي ويستعدى عليه ويقطعه عن اشغاله وهو لحق المدعى ، لأن منفعته راجعة اليه .

وأما إمكان التسليم ففي الأعيان المضمونة هو أن يأخذ العين وتسلمها الى المكفول له وهذا ممكن .

وفي النفس امكان التسليم بأن يُخْلىَ بينه وبين المدعى في موضع يمكنه إحضاره من ذلك الموضع الى مجلس الحكم ، وهذا لأن التسليم في النفس ينصرف الى المعتاد وهو بهذا يُعدّ مُسَلماً ، ألا ترى انه إذا خلّى بينه وبينه في مثل هذا الموضع يقال له سُلّم اليه .

وحقيقة المسألة راجعة الى ان الكفالة ليست الاّ إلتزام التسليم في الدين ، فكذلك في العين ، وفي كل موضع وجب ضمان التسليم صحت الكفالة بالتسليم ، وتسليمه الأعيان المضمونة في ضمان المكفول عنه وتسليم المدعى عليه نفسه في ضمانه ، كما ان في الدين تسليم الدين في ضمان مَنْ عليه الاّ ان تسليم العين بتسليم نفسها ، وتسليم الدين بتسليم مثله .

ألا ترى الى الأصيل فان تسليمه العين بتسليم ذاتها وتسليمه الدين بتسليم مثله ، كذلك في حق الكفيل .

قالوا : وقد دللنا في المسألة الأولى ان الكفالة ليست إلاّ إلتزام الحق ، لأن

والدين في محل آخر لايشغل محلاً آخر .

أما وجوب تسليم شئ واحد يتصور على أشخاص كثيرة .

قالوا : ولايجوز أن يقال انا نجعل الدين بمنزلة دينين أو نجعل الذمتين كذمة واحدة ، لأن هذا قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا بدليل قاطع .

واحتجوا في الكفالة بالنفس بفعل ابن مسعود [١] ، وبقول جماعة من اصحابة[٢] ، وباتفاق المسلمين على فعلها في سائر الأعصار والأزمنة .[٣]

الجواب :

ان جميع ما قالوه بناء على ان عقد الكفالة لايلاقي إلاَّ المطالبة ولانسلم ، بل يلاقى نفس الحق بالوجوب والمطالبة يأتي الوجوب وقد سبق بيانه فلا نعيد .

وأما الذي ذكروه من الإستبعاد .

قلنا : نحن نجعل الدين كالدينين حكماً ، وقد رأينا القتل الواحد في الشرع كقتلين ، والولاية الواحدة كولايتين فلانستبعد ههنا هذا المثال .

والدليل على وجوب أصل الدين على الكفيل جواز التصرف معه فيه بالهبة والشراء والإستبدال ، ولأنه أضاف الكفالة اليه لا الى المطالبة والمعقود عليه هو المضاف اليه ولو صرح بإلتزام المطالبة لم يصح .

---

(١) رواه البيهقي في سننه : ٧٧/٦ .

وذكرها البخاري في الترجمة بدون اسناد ، انظر : صحيح البخاري : ٤٦٩/٤ مع الفتح .

(٢) منهم جرير بن عبد الله البجلي ، انظر : صحيح البخاري : ٤٦٩/٤ مع الفتح .

(٣) نقل الاجماع عى ذلك ابن قدامة في المغني : ٧ / ٩٧ فقال : " وان كانت ثابتة بالاجماع والاثر " أهـ

يبينه : ان الأصل هو الكفالة بالمال ، وهذا لايماثلها لأن الكفيل بالمال يضمن من عند نفسه ، وهذا لايكون في الكفالة بالنفس .

والإمكان غير مسلم أيضاً على ما سبق .

وأما أخبار الصحابة .

فليس إلاّ عن ابن مسعود وانما هو قوم ارتدوا واستتابهم وكفّلهم عشائرهم "[١]

وفي هذا الموضع لاتجوز الكفالة بالإجماع [٢]، والله أعلم بالصواب .

---

(١) سبق تخريجه عند البيهقي في سننه : ٦/٧٧ .

(٢) اي في الحدود .

مسألة : من كتاب الشركة :

عندنا : عقد الشركة محله المال والعمل تبع والمطلوب هو الربح .[١]

وعندهم : محل العقد هو العمل والمطلوب هو الربح ، والمال محل العمل .[٢]

فعلى ما قلنا لاينعقد العقد إلاّ بمال ولا شركة إلاّ بالإختلاط في المال ، والربح بينهما على / قدر المال .[٣]

١٣٤ /ب

وعندهم : تنعقد الشركة على العمل دون المال[٤] ولايشترط الإختلاط في المال ويجوز شرط التفاضل في الربح .[٥]

لنا :

ان العقد لاينعقد الا على محل موجود معلوم ، والمال هو الموجود وهو المعلوم ، وأما العمل غير موجود ولا معلوم فلا يكون محلاً للعقد .

يدل عليه من حيث الحكم : ان احضار المال واجب وانما وجب إحضاره ، لأنه محل العقد ، وإلاّ ما كان ينبغي أن يعتبر احضار المال .

وإذا ثبت أن محل العقد هو المال فلم ينعقد بدون المال فعلى هذا بطلت الشركة على الأعمال وعلى الوجوه ، ولم ينعقد أيضاً إلاّ بخلط المالين ، لأن الشركة على

---

(١) المهذب : ٤٥٤/١ ، المنهاج : ٢١٣/٢ ، الأم ، روضة الطالبين : ٤/٧٣ ـ ٧٥ ، شرح السنة للبغوي : ٢١٧/٨ .

(٢) الاسرار : ٢/١٥٠ /ب (مراد ملا) مختصر الطحاوي ص ١٠٧ ، مختصر القدوري المبسوط : ١٥٢/١١ ، رؤوس المسائل ص ٣٢٥ .

(٣) روضة الطالبين : ٤/٧٣ ـ ٧٥ ، المنهاج : ٢١٣/٢ ، شرح السنة للبغوي : ٢١٧/٨ .

(٤) المبسوط : ١٥٢/١١ ، رؤوس المسائل ص ٣٢٩ .

المال لاتكون إلاّ لوجود الشركة في المال ولا شركة في المال إلاّ بخلط المالين ، فأما إذا كان احدهما متميزاً عن صاحبه فلا شركة ، ولم يجز شرط التفاضل في الربح، لأن الربح فرع المال فيكون بقدر المال اذ الفروع على مقادير الأصول ، والفوائد بقدر رؤوس الأموال .

وأما حجتهم :

قالوا : العقد منعقد على العمل ، لأن عقد الشركة ما يوجب الشركة كعقد البيع ما يوجب الملك ، وعقد النكاح ما يوجب الإزدواج .

فإذا جعلنا محل العقد هو المال فالشركة في المال لاتكون موجب العقد .

ألا ترى انها تحصل بغير عقد وذلك خلط المالين من غير عقد وموجب العقد لايتصور أن يسبق العقد فصار موجب العقد هو الشركة في العمل ، لأنه لايحصل إلاّ بالعقد .

والدليل على أن العقد على العمل جائز عقد الإجارة وعقد القراض ، وهو معتمدهم فانه ينعقد على العمل وبهذه المسألة يبطل قولكم " ان العمل مجهول فلا يكون محل العقد " فان في عقد القراض قد وجدت جهالة العمل ومع ذلك انعقد العقد ، وهذا لأن العمل وان كان مجهولاً ولكن الربح معلوم فعفى عن جهالة العمل لوجود العمل بالربح ، وانما كان كذلك لأنه المطلوب بالعمل فاعتبر إعلامه وأعرض عن جهالة العمل ، وإذا ثبت ان المعقود عليه العمل بنينا عليه المسائل فنقول :

يجوز عقد الشركة على الأعمال ، وعلى الوجوه لوجود العمل وان فقد المال ، ويجوز من غير خلط المالين ، لأن الشركة لما كانت في العمل لا في المال لم يعتبر خلط المال بالمال ، ولأن العمل لما كان لهما جميعاً فقد وجد الإختلاط في

العملين حكماً وان لم يوجد حسّاً ، ويجوز أيضاً شرط التفاضل في الربح لأن العقد لما وردت على العمل كان الربح في مقابلة العمل ، فيكون الزيادة المشروطة بازاء عمله في ماله ، ويجوز مثل هذا ، كما في القراض .

يدل عليه : ان كل واحد منهما يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه فيكون نصف عمله له ، ونصف عمله لصاحبه ، وإذا صار نصف عمله لصاحبه يصح شرط الربح في مقابلته كما في القراض . وهذا لأن عقد الشركة لما اشتمل علىٰ معنى القراض صح أن يشترط فيه ما يشترط في القراض .

قالوا : ولايجوز أن يقال ان المشروط في القراض عمالة وجعالة ، لأن عندنا الجعالات كلها باطلة ، وهذا لأنها تعليق الملك بالخطر وتعليق الاملاك بالأخطار لايجوز .

قالوا : ولا نقول : ان العامل في الصدقات يستحق ما يستحقه بطريق الجعالة بدليل انه لو كان هاشمياً لايستحق .

وشرط الجعالة للهاشمي جائز مثل ما يجوز لغير الهاشمي وانما يستحقه على انه سهم من الصدقات مشروط استحقاقه بالعمل مثل سائر السهام اشترط لاستحقاقها إما بيُتمٍ أو مسكنة أو فقر أو غير ذلك ، فأما أن يستحق على طريق الجعالة فلا نقول ذلك أصلاً .

قالوا : ومما يبين ما ذكرناه ان عقد القراض جاز لحاجة الناس اليه .

وبيانها : ان الإنسان قد يكون لهٰ مال وليس له هداية في العمل فيحتاج الى أن يلتمس من غيره ليعمل له ولا يعمل ذلك الغير إلا بمالٍ فيشترط له فيه قدراً من الربح ليرغب في العمل ، ويكون ذلك أنفع من إستئجاره زماناً معلوماً للعمل بأجرة من ماله ، لأنه يعمل لطلب الربح لأجل ما سمى له منه بتسمية الإجرة فجوّز عقد القراض رفقاً للعباد ، وكذلك عقد الشركة وجب أن يجوز على

شـرط التـفـاضل في الربح لهـذا النوع من الحـاجـة ، وذلك لأنه قـد يكون لأحـد الشـريكين من الهداية في العمل والتصرف مـالايكون للشـريك الآخر فـلا يرضى من الربح بما يرضى به صاحبه فـيحتـاج الى أن يسـمى له زيادة ليرغب في العمل فليجز رفقاً بالعباد وتيسيراً عليهم .

وهذا مـعنى قـولنا الذي قدمناه ان الشـركة اشـتملت على معنى القـراض فليـجز فيه ما يجوز / في القراض . ١٣٥/أ

وليس كـما لو سمى لـه زيادة معلومـة من مـائة أو مـائتي درهم لأن تجويزها يؤدي الى قـطع الشـركـة في الأصل ، لأنه ربما لايوجـد ربح إلاّ بذلك القـدر فـتنقطع الشركة أصلاً .

وأما في مسألتنا لايؤدي شرط الزيادة الى هذا فـجاز كما سبق ، وليس كما لو شـرط الوضـيـعـة على التـفـاضل ، لأن فـي ذلك شـرط الضـمـان على أمين وهو باطل، ألا ترى انه لايجوز شرط الوضيعة على العامل في القراض .

وأما في مسألتنا فهذا شرط الربح لعاملٍ فيجوز كما يجوز في القراض أيضاً .

قالوا : وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه قال الوضيعة على رأس المال والربح على ماشرط . (١)

الجواب :

انا قد بينا ان العقد غير وارد على العمل ، لأنه مجهول .

وأما قولهم : " ان عقد الشركة ما يوجب الشركة " .

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : " غريب جداً ويوجد في بعض كتب الأصحاب عن علي " أهـ : ٣/٤٧٥ .

وقال ابن حجر في الدراية : " لم أجده " أهـ ٢/١٤٤ .

قلنا : عندنا قد أوجب الشركة في الربح ، فأما المال فلابد فيه من الشركة ، لأن العقد عقد شركة في المال ولاشركة في المال إلاّ بخلط المال بالمال ، ثم إذا صح العقد جاز لكل منهما أن يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه باذنه ، لأنه لايظهر الربح إلا بالعمل والربح مطلوب مقصود فصار عقد الشركة في الحقيقة عقداً على المال لمقصود الربح وظهوره بالعمل والمظهر للمقصود ينزل منزلة الشروط فلا يكون معقوداً عليه .

وأما كلامهم على جهالة العمل بقولهم : " ان المطلوب هو الربح وهو معلوم " .

قلنا : المعتبر هو العلم بالمعقود عليه ، وما ليس بمعقود عليه فالعلم به لا يقوم مقام العلم بالمعقود عليه .

وأما الأجارة فالعلم بالمعقود عليه قد حصل بضرب المدة .

وأعلم أنه لاتعلق لهم في هذه المسألة إلاّ بعقد القراض ، ولانسلم ان عقد القراض عقد شركة على عمل ، ولا نقول : ان الربح ثبت على الشركة مثل ما ثبت ههنا ، والعمل لايستحق الربح ، لأنه شريكه في الربح ، بل إنما يستحق على جهة الجهالة .

ولهذا قلنا : ان بمجرد ظهور الربح لايملك العامل شيئاً من الربح وانما يستحق بعد أن يتم العمل ويقتسما ويعطيه المسمى من الربح جعالة فيملك بالقبض مثل الجعل في سائر الجعالات .

وأما قولهم : " ان هذا تعلق الملك بالخطر " .

قلنا : انما جاز ذلك لحاجة الناس اليه ، وهذا كما نقول في السبق والرمي ، فانه يجوز شرط المال لاحدهما وان كان فيه تعليق الملك بالخطر ، وانما جاز لحاجة الناس اليه ، كذلك ههنا .

وأما في مسألتنا فلا يتصور جعالة ، بل هو في حقيقة عقد شركة على المال

لمقصود الربح على ما سبق .

وأما فصل زيادة دراهم معلومة على المسمى ففصل لازم .

وقولهم : " انه يؤدي جوازه الى قطع آصل الشركة " .

قلنا : إذا سمى زيادة معلومة على النصف من الربح لايجوز أيضاً .

وفي هذه الصورة لايؤدي الى قطع الشركة ومع ذلك لم يجز فبطل ما قالوه .

والله تعالى أعلم بالصواب .

الفهارس العامة للكتاب

فهرس الآيات القرآنية

ثانياً : الأحاديث والآثار

ثانياً : الأحاديث والآثار

طرف الحديث	رقم الصفحة
أنّ النبي ﷺ لما بعثه إلى مكة قال : انههم عن أربع : عن بيع ما لم يقبضوا	٩٨
أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض	٩٨
أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع المبيع قبل القبض مطلقاً .	٩٨
إنها بضعة مني ...... "	١٩٨ ، ٢٠٠
إنّها من الطوافين والطوافات .	٣٨
انه توضأ بسؤر الهرة فقال : إنّها ليست بنجسة .	٢٠٤
أنّه ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر .	٦٩
أنّه نهى عن بيعٍ وشرطٍ .	٣٠ ، ١٧٤
أنّه يردها ويدر معها حكومة . (الشعبي)	١١٣
أو يقول لصاحبه اختر .	١٦
إلاّ بيع الخيار .	١٦
أيما رجل أفلس فادرك ماله بعينه فهو أحق به .	٣١٢ ، ٣١٣
البائع أسوة الغرماء .	٣١٦
البينه على المدعي واليمين على من أنكر	١٥٣
ترد الجارية بالعيب ويرد معها .... أثر (عن عمر وزيد)	١٠٨ ، ١١٣
التمر بالتمر مثلاً بمثل .	٧١ ، ٧٢ ، ٧٧
ثلاث كلهن سحت كسب الحجام ومهر البغى .	٢٠٣
ثمن الخمر حرام ، ومهر البغى حرام .	٢٠٣
جيدها وردئها سواء .	٥٠
الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل .	٤٥
ذهبت الرهان بما فيها .	٣٠٤

ثانياً : الأحاديث والآثار

طرف الحديث	رقم الصفحة
الرهن بما فيه .	٣٠٤
عيناً بعين .	٦٤
فتحملها أبو قتادة ، وقال النبي ﷺ هما عليك حق الغريم وبرئ منهما الميت .	٣٥٥
كانت لنا شاة فماتت فقال النبي ﷺ (ما فعلت شاتكم ؟ قلنا :	
ماتت ، قال : فلا انتفعتم بايهابها) .	٢٩٢
كل بيعين بالخيار ما لم يتفرقا .	١٤
كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ الدراهم مكان الدنانير	٨٩ ، ٩٠
لاتبيعوا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ...)	٣٧ ، ٤٥
.	٤٧ ، ٥٥
لاتبيعوا الذهب الذهب .	٦٣
لاتبيعوا الطعام بالطعام	٣٧
لاترد ويرجع بالأرش (أثر عن علي وابن عمر)	٨٠٧ ، ١٠٨
لاتذكروا أحداً من أصحابي إلاّ بخير	١٢٧
لاتصروا الابل ولا الغنم	١٢٦
لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها .	١٧٣
لاصلاة إلاّ بطهور .	٤٦ ، ٥٥
لاضرر ولا ضرار في الإسلام	٢٢٧
لانكاح إلاّ بشهود	٤٥ ، ٥٥
لايبيع أحدكم على بيع أخيه .	١٥
لايغلق الرهن من راهنه .	٣٠٤
لن يجزئ ولد والده إلاّ أن يجده مملوكاً ...	١٩٥

ثانياً : الأحاديث والآثار

ثانياً : الأحاديث والاثار

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

فهرس المسائل الواردة في الكتاب

ثبت المراجع

١) **القرآن الكريم**

٢) **أحكام القرآن للجصاص :**

لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص / مطبعة دار الفكر / بيروت / لبنان .

٣) **أحكام القرآن :**

لابن العربي / أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي

تحقيق : علي محمد البيجاوي .

٤) **أخبار القضاة :**

لوكيع ، محمد بن خلف بن حبان / الناشر : عالم الكتب / بيروت .

٥) **الأسرار :**

لابي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي / مخطوط (مراد ملا) ، مطبوع (كتاب النكاح) بتحقيقنا .

٦) **الاستذكار :**

٧) **الاستيعاب (مع الإصابة) :**

لأبي عمر بن عبد البر . انظر الإصابة .

٨) **الإشراف :**

لعبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي / مطبعة الارادة / تونس .

٩) **الإصابة في تمييز الصحابة :**

لعلي بن أحمد بن حجر العسقلاني / دار الكتاب العربي .

١٠) **الإفصاح عن معاني الصحاح :**

لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي / الناشر : المؤسسة السعودية / الرياض .

١١) **الأم :**

لأبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي / دار الشعب / مصر .

١٢) **إيثار الانصاف في آثار الخلاف :**

لسبط ابن الجوزي / تحقيق : ناصر العلي الناصر الخليفي/ دار السلام القاهرة .

١٣) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق :**

لزين الدين بن نجيم الحنفي / الناشر : دار المعرفة / بيروت / ط ٢ .

١٤) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :**

لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي / الناشر : زكريا علي يوسف / مطبعة الإمام / القاهرة .

١٥) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد :**

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي .

١٦) **البداية والنهاية :**

لأبي الفداء ابن كثير الدمشقي / تحقيق : د / أحمد ابو ملحم ، د / علي نجيب . دار الكتب العلمية / ط ١ / ١٤٠٥هـ .

١٧) **بغية الوعاة في طبقات النحويين واللغويين :**

لجلا ل الدين عبد الرحمن السيوطي ، تحقيق : محمد ابو الفضل ابراهيم الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ . دار الفكر .

١٨) **تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي :**

لأبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري / عني بنشره الحاج حسن ايراني .

١٩) **تفسير الفخر الرازي (مفاتيح الغيب) :**

لمحمد الرازي فخر الدين بن ضياء عمر الشهير بخطيب الري ، مصورة عن الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ .

٢٠) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) :

لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي / الطبعة الثالثة / مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية / دار الكتاب العربي سنة ١٣٨٧هـ .

٢١) تقريب التهذيب :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني / ط ١ ، سنة ١٣٩٣هـ / دار نشر الكتب الإسلامية / كوجرانواله / باكستان .

٢٢) تقويم الأدلة :

لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي / مخطوط برقم ٢٥٥ ، نسخة القدس .

٢٣) تنوير الأبصار :

لشمس الدين محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي ، انظر رد المحتار .

٢٤) تكملة المجموع للسبكي :

لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي . انظر المجموع .

٢٥) تكملة فتح القدير ، انظر (فتح القدير) :

لشمس الدين أحمد بن قود ، المعروف بقاضي زاده افندي .

٢٦) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني سنة ١٣٨٤هـ / شركة الطباعة الفنية / القاهرة .

٢٧) تهذيب الأحكام (مخطوط) .

٢٨) تهذيب التهذيب :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني / ط ١ ، سنة ١٣٩٣هـ .

٢٩) جامع بيان العلم وفضله :

لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي / نسخة مصورة عن المطبعة المنيرية / دار الكتب العلمية / بيروت .

٣٠) الجامع الصحيح (مع الفتح) :

لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري / تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ومحب الدين الخطيب / المطبعة السلفية / القاهرة / سنة ١٣٨٠هـ .

٣١) الحجة على أهل المدينة :

لمحمد بن الحسن الشيباني / تحقيق : مهدي حسن كيلاني / ط١ ، مطبعة المعارف الشرقية / الهند / سنة ١٣٩٠هـ .

٣٢) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء :

لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الاصفهاني / دار الكتاب العربي / بيروت / ط ٣ / سنة ١٤٠٠هـ .

٣٣) الحاوي الكبير شرح مختصر المزني :

لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي / تعليق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الودود / مكتبة دار الباز / مكة المكرمة / ط ١ / سنة ١٤١٤هـ .

٣٤) الدراية في تخريج أحاديث الهداية :

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني / تعليق : عبد الله هاشم يماني / مطبعة الفجالة / القاهرة / سنة ١٣٨٢هـ .

٣٥) الدار المختار على تنوير الأبصار (مع رد المحتار) :

الطبعة الثانية / مطبعة مصطفى البابي / القاهرة / سنة ١٣٨٦هـ .

٣٦) ديوان الحطيئة .

٣٧) **ديوان زهير بن أبي سلمى**

٣٨) **روضة الطالبين :**

لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي / ط الأولى / المكتب الإسلامي / بيروت / سنة ١٣٩٥هـ .

٣٩) **رؤوس المسائل :**

لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري / تحقيق : عبد الله نذير أحمد الطبعة الأولى ، دار البشائر الإسلامية / بيروت ، سنة ١٤٠٧هـ .

٤٠) **سنن أبي داود (مع المعالم) :**

لأبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق الأزدي / تحقيق : عزت عبيد الدعاس / ط / دار الحديث ، بيروت / سنة ١٣٨٨هـ .

٤١) **سنن ابن ماجة :**

لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني / تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي / مطبعة عيسى البابي الحلبي / مصر .

٤٢) **سنن الترمذي :**

لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي / انظر : تحفة الأحوذي وعارضة الأحوذي .

٤٣) **سنن الدارقطني :**

للدارمي علي بن عمر الدارقطني ، تحقيق : عبد الله هاشم يماني / شركة الطباعة الفنية / القاهرة / سنة ١٣٨٦هـ .

٤٤) **سنن الدارمي :**

لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن بهرام الدارمي / طبع بعناية / محمد أحمد دهمان / دار إحياء السنة النبوية .

٤٥) **سنن البيهقي (السنن الكبرى) :**

لأبي بكر محمد بن الحسين بن علي البيهقي / مصورة عن الطبعة الأولى / دار الباز للنشر / مكة .

٤٦) **سنن النسائي (المجتبي) :**

لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي / مكتبة البابي الحلبي / ط الأولى / القاهرة / سنة ١٣٨٣هـ .

٤٧) **شرح السنة :**

لأبي الحسين بن مسعود الفراء البغوي / تحقيق : شعيب الأرناؤوط / ط الثانية / المكتب الإسلامي / سنة ١٤٠٣هـ .

٤٨) **شرح معاني الآثار :**

لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي / تعليق : محمد سعيد عبد الخالق / مطبعة الأنوار المحمدية / القاهرة .

٤٩) **شرح النووي على مسلم :**

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي / المطبعة العصرية / القاهرة .

٥٠) **صحيح الإمام مسلم بن الحجاج :**

للإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .

انظر : شرح صحيح مسلم للنووي .

٥١) **طبقات الشافعية (الكبرى) :**

لتاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي / تحقيق : د.عبدالفتاح الحلو ، د / محمود الطناحي / مطبعة عيسى البابي الحلبي / ط الأولى سنة ١٣٨٥هـ / القاهرة .

٥٢) **طبقات النحويين واللغويين :**

لأبي بكر محمد بن الحسن الزبيدي / تحقيق : محمد أبو الفضل ابراهيم / ط الثانية سنة ١٩٨٤م / دار المعارف / مصر .

٥٣) **عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي :**

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي / مطبعة دار العلم للجميع / بيروت .

٥٤) **العبر في أخبار مَنْ غبر :**

لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي / حققه : أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول / ط ١ سنة ١٤٠٥هـ / دار الكتب العلمية / بيروت .

٥٥) **فتح الباري شرح صحيح البخاري :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني .

انظر : الجامع الصحيح للإمام البخاري .

٥٦) **فتح القدير شرح الهداية :**

لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف (بابن الهمام) ط ١ ، مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٨٩هـ / القاهرة .

٥٧) **القاموس المحيط :**

لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي / ط ٢ ، سنة ١٣٧١هـ ، مصطفى البابي الحلبي / القاهرة .

٥٨) **قواطع الأدلة في أصول الفقه :**

لأبي المظفر السمعاني / مخطوط رقم (٦٢٧) فيض الله افندي / تركيا .

٥٩) **قوانين الأحكام الشرعية :**

لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي /الناشر: دار العلم للملايين بيروت .

٦٠) **الكافي في فقه أهل المدينة :**

لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري / تحقيق : د / محمد أحمد الموريتاني / ط ١ ، سنة ١٣٩٨هـ .

٦١) **الكامل في ضعفاء الرجال :**

لأبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني / ط ٢ ، سنة ١٤٠٥هـ ، دار الفكر ، بيروت .

٦٢) **كشف الأسرار عن أصول البزدوي :**

لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري / ط ٢ ، الناشر : دار الكتاب العربي ، بيروت .

٦٣) **كنز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق :**

لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي .

٦٤) **لسان العرب :**

لابن منظور جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصاري / طبعة مصورة عن بولاق / الدار المصرية للتأليف والنشر .

٦٥) **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب :**

لأبي محمد علي بن زكريا المنجي / تحقيق : د / محمد فضل عبد العزيز المراد / الناشر : دار الشروق ، جدة / ط ١ ، سنة ١٤٠٣هـ .

٦٦) **لسان الميزان :**

لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، منشورات المجلس الأعلى للمطبوعات/ الهند / مصورة عن الطبعة الأولى سنة ١٩٧١م / بيروت .

٦٧) **المبسوط :**

لشمس الأئمة السرخسي / ط ٣ بالأوفست سنة ١٣٩٨هـ / دار المعرفة ، بيروت .

٦٨) **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر :**

لشيخ زاده / ط ١ ، سنة ١٣٠٩هـ / تركيا .

٦٩) **المجموع شرح المهذب :**

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي / علق عليه : محمد نجيب المطيعي / الناشر : مكتبة الارشاد / جدة .

٧٠) **المحلى :**

لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم / تعليق : زيدان أبو المكارم حسن مكتبة الجمهورية سنة ١٣٨٧هـ .

٧١) **مختصر الطحاوي :**

لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي / دار الكتاب العربي / القاهرة سنة ١٣٧٠هـ .

٧٢) **مختصر القدوري (مع الجوهرة) :**

لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري .

٧٣) **مختصر المزني (مع الأم) :**

لأبي ابراهيم اسماعيل بن يحيى لمزني .

انظر الأم .

٧٤) **مختلف الرواية :**

لعلاء الدين السمرقندي / مخطوط رقم (١٨٨) عثمانيه / حلب .

٧٥) **المستدرك على الصحيحين :**

لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري / الناشر : دار الكتاب العربي / بيروت .

٧٦) **المسند (المتن) :**

للإمام أحمد بن حنبل / دار صادر / بيروت .

٧٧) **مصنف ابن أبي شيبة (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار) :**

لأبي عبد الله بن محمد بن أبي شيبة / تحقيق : عامر العمري الأعظمي / الناشر : مختار أحمد النووي / الدار السلفية / بومباي / الهند .

٧٨) **المصنف :**

لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني / تحقيق : حبيب الأعظمي / ط ١ ، سنة ١٣٢٢هـ .

٧٩) **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي :**

لأحمد بن محمد بن علي الفيومي / الناشر : المكتبة العلمية ، بيروت .

٨٠) **معالم السنن على سنن أبي داود :**

لأبي سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم الخطابي .

انظر : سنن أبي داود /

٨١) **المغني شرح مختصر الخرقي :**

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي / تحقيق : د / عبد الله التركي والدكتور / عبد الفتاح الحلو / ط ١ ، دار هجر للطباعة والنشر سنة ١٤٠٦هـ / القاهرة .

٨٢) **مغني المحتاج شرح المنهاج :**

انظر المنهاج .

٨٣) **المنتقى شرح الموطأ :**

لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي / ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

٨٤) **المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ :**

لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري / تعليق : عبد الله هاشم يماني / ط ١ ، سنة ١٣٨٢هـ ، مطبعة الفجالة ، القاهرة .

٨٥) **المنهاج مع شرحه مغني المحتاج :**

لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي / مطبعة مصطفى البابي الحلبي / القاهرة .

٨٦) **الموطأ (مع المنتقى) :**

للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة .

انظر المنتقى شرح الموطأ .

٨٧) **المهذب :**

لأبي إسحاق ابراهيم الشيرازي الشافعي / مصطفى البابي الحلبي / القاهرة / ط ٣ ، سنة ١٣٩٦هـ .

٨٨) **نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية :**

لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي / الناشر: المكتبة الإسلامية ، ط ٢ ، سنة ١٣٩٣هـ / استانبول .

٨٩) **النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة :**

لأبي اسحاق ابراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي / مخطوط رقم (١١٥٤) مصور عن أحمد الثالث .

٩٠) **الهداية (مع فتح القدير) :**

لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني / ط ١ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي / القاهرة .



رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ١٠٧٧٧ / ٩٥
الترقيم الدولى ٨ - ٧٢ - ٥٢٥٤ - ٩٧٧



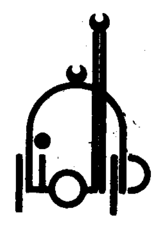
في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة
رحمهما الله

لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني
التميمي المروزي الحنفي ثم الشافعي
المتوفى سنة ٤٨٩ هـ

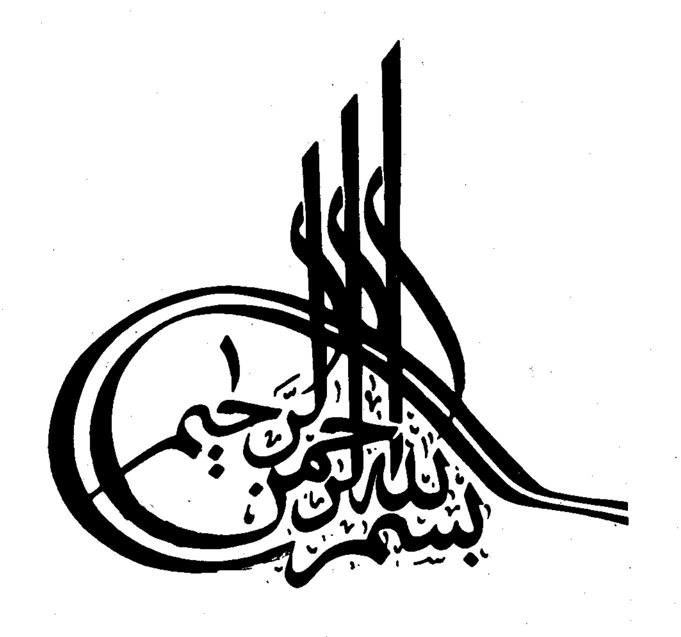
الجزء الثالث

"ربع البيوع والمعاملات"

تحقيق
الدكتور/ نايف بن نافع العمري
الأستاذ المشارك بالجامعة الإسلامية
بالمدينة المنورة







الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

رحمهما الله

الطبعة الأولى

١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م

دار المنار

للطبع والنشر والتوزيع

٩ شارع الباب الأخضر - ميدان الحسين

ص ب ٦١ هليوبوليس ت ٥٩١٥٠٨٥

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، مَنْ يهدى الله فلا مضل له ، وَمَنْ يضلل فلن تجد له ولياً مرشدا .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أنّ محمداً عبده ورسوله أرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون، صلى الله عليه وعلى آله وصحابته أجمعين .

أما بعد :

فهذا هو الجزء الثالث والرابع من كتاب الاصطلام « لأبى المظفر السمعانى» وهو يشتمل على الربع الثانى من الكتاب « ربع البيوع » .

أعان الله على إكماله بمنه وكرمه ، ورحم الله علماءنا الذين خلفوا لنا هذا التراث العلمى العظيم .

وصلى الله وسلم على نبيه محمد وآله وصحبه ، والحمد لله أولاً وآخراً

المحقق

د / نايف بن نافع العمرى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

مسئلة

مسئلة بيع الغائب باطل في احد قولي الشافعي رضي الله عنه وعندهم جائز وهو القول الاخر وفي المسئلة تفاصيل في فروع مذهبيه نذكرها في شرح المذهب والمبيع الغائب هو الذي لم يره المشتري اصلا لنا ان المبيع مجهول عند العاقد فلا يجوز عقده عليه كما لو قال بعتك شيئا ولم يسمه او قال بعتك عبدا او ثوبا وانما قلنا انه مجهول لان سبب علمه لم يوجد لان طريق العلم بالاعيان هو رؤيتها وقد فقدت الرؤية للمبيع في مسئلتنا فدل ان العلم به مفقود فان قالوا ان لم يوجد الرؤية فقد وجد سبب اخر للعلم بالمبيع وهو الخبر عن وجوده قلنا الخبر عن وجوده لا يفيد علما بوجوده وانما يفيد ظنا بحسب فان مع الخبر بوجوده يجوز ان يكون غير موجود ولا يتصور وجود العلم مع هذا التجويز فدل انه لا مطمع لوجود العلم بالخبر في مسئلتنا فان زعموا ان الخبر في الجملة يفيد العلم وهو خبر التواتر وللناذا اي خبر يوصف والكلام في نفس الخبر وهو غير مفيد للعلم بحال فان قالوا ان الظن الحاصل بالخبر يكفي لنا جواز البيع عليه قلنا ولم والنزول من العلم الى الظن والاقتناع به لا يجوز الا لحاجة ولا حاجة في مسئلتنا فان التوصل الى وجود العلم حقيقة ممكن وهو ان يطلب الرؤية ولا حرج في طلبها فلا معنى للاكتفاء بالظن فان قالوا لم قلتم ان اصل العلم بالمبيع شرط للجواز قلنا لان المبيع انما يراد لمقصود وهو تحصيل ما فيه غبطة فان الشرع على خلاف هذا سفه والسفه حرام منهي عنه ولا يتم هذا المقصود الا بالاحاطة علم المشتري به فاما ما لا يحيط علمه به فلا يوجد ولان الجهل بالوصف عندهم قادح في المبيع بدليل انه يسلب اللزوم منه والجهل بالعين فوق الجهل بالوصف فلا بد له من عمل وقدح ولا يجوز ان يكون عمله في سلب اللزوم لانه قد حصل بالجهل بالوصف فلم يبق له عمل سوى سلب الصحة ويدل عليه انه لو باع من انسان شيئا من قطيع غنم يختار ايما شاء فانه لا يجوز وكذلك لو باع عبدا من العبيد الا ان يعينه فاذا ولا سبب سوى الجهل بالمبيع وقد ... من اصحابنا في هذه المسئلة ان فقد الرؤية لا يوجب الا الجهل بالوصف غير انه كافي لافساد العقد لانه يضاهي الجهل بالعين وبيانه انه يضاهي الجهل بالعين ان المقاصد تختلف باختلاف الاوصاف كما تختلف باختلاف الاعيان ولان المالية ... في البياعات والاوصاف هي المنظور اليها في المالية فانها تكثر بكثرة الاوصاف وتقل بقلة الاوصاف فدل ان الجهل بها يضاهي الجهل بالعين واستدل ايضا كثير من اصحابنا في هذه المسئلة بفصل الخيار وقالوا قد ثبت خيار في هذا البيع لا يسقط بالاسقاط وهذا علامة فساد البيع بدليل سائر البياعات الفاسدة بيانه ان الزام العقد لعرب المشروع ... المشروع مشروع وحيث لم يلزم البيع في مسئلتنا بالالزام قبل الرؤية دل ان امتناع اللزوم قد كان لفساد العقد وحرمة وقالوا احتمل منع لزوم العقد مع الرضا باللزوم ممتنع جوازه وعندي ان على الطريقين معترض والاعتماد على الاول وسيظهر من بعد

واما حجتهم

واما حجتهم تعلقوا اولا بما روي عن النبي عليه السلم قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وهذا نص لان الخيار لا يثبت الا في شرى جائز قالوا ولا يجوز ان يحمل هذا على التخيير بين الشرا وتركه اذا رآه لان النبي عليه السلم اثبت الخيار له لعدم رؤيته المبيع وذلك الخيار لا يثبت لعدم رؤيته المبيع وانما ثبت للولاية الاصلية الثابتة له بحين نفسه وما لحقه كماله الخيير في كل الاشيا قولا وفعلا وابطلوا ايضا تاويل من اول من اصحابنا وحمل على ما اذا كان رآه من قبل ثم اشتراه وراه متغيرا عما كان من قبل وقالوا هذا الخيار ليس خيار عدم الرؤية انما هو خيار تغير المبيع عما عليه واستحقه على ظاهر البيع وهو يشبه خيار العيب وتعلقوا ايضا بالجماع

فصل الوكيل من وجه آخر وقالوا إن لم يجوز تسليمه الثمن إلى الموكل احتجنا إلى نقض قبضه وإعادته في الحال لأن التسليم
إليه متعين وإن قبضه الوكيل بخلاف مسألتنا لأن الإمام يجوز أن يعطيه فقيرا آخر قالوا وأما زكاة أموال التجارة
فهي محفوظة بحشمة الإمام إنما هي محفوظة بأيدي أصحابها ولا معنى لإثبات ولاية الإمام جبرا على جبايته وعلى أنا إن
قلنا إنما محفوظة بحشمة الإمام ولكن إنما جاز لأرباب الأموال أن يؤدوا بأنفسهم بإذن الإمام وهو عثمان رضي الله
عنه على ما يروى عنه أنه فوض إليهم أداءها ولم يبطل ثبوته لأنه كان نوع حكم فلم يبطل ثبوت الحاكم واستدل
مشايخنا بأصل ثبوت المطالبة فإن حق المطالبة ثابت للإمام في الأموال الظاهرة بالإجماع حتى إن من عليه لو امتنع أخذه
الإمام منه جبرا وقهرا فنقول حق ثبت للإمام المطالبة به واستيفاؤه فلا يجوز لمن عليه تفريقه بنفسه دليله الجزية
والخراج

الجواب أما الآية فليس فيها أكثر من جواز أخذ النبي صلى الله عليه
والأئمة ولا كلام فيه وإنما الكلام في أنه هل يجوز لمن عليه أن يؤديها بنفسه أو لا وليس في الآية تعرض لهذا أما قولهم
إن الفقير مولى عليه لا نسلم لأن الولاية لا تثبت إلا على من هو من أهل الولاية عليه والفقير حر عاقل رشيد بالغ ليس من
أهل ثبوت الولاية عليه وأما قولهم إن الفقراء لكثرتهم يعجزون عن استيفاء الصدقة قلنا لا عجز لأنه لا يؤمر بإيصالها
إلى جميع الفقراء ولأن تعيين الفقير إلى من عليه الزكاة وإذا تعين ذهب العجز وأما قولهم إن السوائم تكون محفوظة بحشمة
الإمام وحمايته قلنا وكذلك الأموال في السوق وأموال التجارة في الخانات والحوانيت ومع ذلك يجوز لمن عليه أن
يؤديها بنفسه وقولهم إنه كان بإذن الإمام وهو عثمان قلنا قوله رضي الله عنه كان في جميع الأموال فإنه قال هذا
شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليحتسب ماله ما عليه وليزك بقية ماله وليس لهذا اللفظ اختصاص بأموال
التجارة دون غيرها وعلى أن الأموال الظاهرة إن كانت محفوظة بحشمة الإمام فلم يستحق أن يكون له الولاية على الفقراء
فإن قالوا لو أجرا على عمله قلنا قد نال الأجر في الآخرة والرزق في الدنيا فلأي معنى يحتاج إلى شيء آخر وأما ثبوت أصل
المطالبة للإمام فللنظر لأرباب الأموال والفقراء أما أرباب الأموال فليسهل عليهم التسليم ولا يحتاجون إلى طلب
المستحقين وتتبع الأصناف وأما الفقراء فلأنه لو فوض بالكلية إلى أرباب الأموال تغلب عليهم البخل والشح ولا
يكون للفقراء قوة الأخذ ولا لأرباب الأموال سعة الإيصال فيفوت الحق وأما الإمام فيكون له قوة الأخذ
وسعة الإيصال فيحيا الحق فلهذا أثبتنا له المطالبة وأما الجزية والخراج فإنما لم يجز لمن عليه أن يفرقهما بنفسه
لأن مستحقه غير متعين فإن للإمام أن يجعل الجزية والخراج في غير أرزاق المقاتلة مما يرى من المصالح وإذا لم يتعين
مستحقه لم يجز لمن عليه تولي تفريقه بنفسه بخلاف مسألتنا فإن مستحق الصدقات متعين فإذا أيسر من له ومن عليه
ومن له من أهل القبض لم يمنع قبضه بحال ثم إن الخراج والجزية مصلحة الملك لأن الإمام لا بد له من قوة وقوته
تكون بالجند وإنما تقوى بهم إذا أقاموا على بابه وإنما تقيم على بابه برزق يعطيهم ويجري عليهم فإذا لم يجر عليهم
وكان لهم أن يأخذوا بأنفسهم لأخذوا وتفرقوا وذهبت قوة الإمام ويصير كواحد من الرعية فلا يبقى له هيبة عندهم
وإذا ذهبت هيبته وحشمته عندهم ضعف أمره وجنده وأكلت الرعية بعضهم بعضا وجاء الفساد الشامل
وانقطع النظام وتعذر الضبط واختل القوى وعم الهرج وجاءت الفتنة الصماء العمياء وعند ذلك الهلاك وذهاب
الدين والدنيا والله المستعان ومثل هذا لا يوجد في أمر الزكاة لأنه للفقراء والمساكين ولا تعلق بذلك قوة
الإمام ولا بقاء السلطان فافترقا لهذا والله أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين

تم الربع الثاني من كتاب الاصطلام وهو ربع البيع بحمد الله
تعالى ومنه وهو الموفق لإتمامه بفضله وكرمه

